This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

VE RI TAS

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

ITALY

30/21

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

COLLANA FILANGIERI
DI SCIENZE POLITICHE E GIURIDICHE

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT
Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME XXII

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Disciplini, 15
1899

910

ForTr
L

Milano, 1899 - Stab. Tip. Società Editrice Libraria - Via Disciplini, 15.

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO VI.

(Titolo V del Codice Civile).

Del contratto di matrimonio e dei diritti rispettivi dei coniugi (*continuazione*).

CAPO II. — **Del regime della comunione** (*continuazione*).

SEZIONE III. — *Dell'amministrazione della comunione.*

Art. 1. — *Poteri del marito.*

§ I. — *Del diritto di disposizione.*

N. 1. — *Degli atti a titolo oneroso.*

I. — *Potere assoluto del marito.*

1. Il marito è ancora signore e padrone dei beni della comunione? pag. 1.
2. Egli ha il potere assoluto di disporne a titolo oneroso. Eccezione ammessa dalla giurisprudenza pei ritratti di famiglia donati alla moglie, p. 2.
3. Egli può vendere i beni della comunione con riserva d'usufrutto, pag. 3.
4. Può venderli per una rendita vitalizia. Chi profitterà della rendita? p. 4.
5. Può fare tutti gli atti di disposizione, costituire diritti reali, rilasciare immobili, subastare, senza il concorso della moglie, p. 4.
6. Il marito amministra da solo e non è responsabile della sua gestione. È egli responsabile nel senso che debba render conto della realtà delle spese? p. 5.
7. Il marito può delegare i suoi poteri alla moglie. Può darle mandato d'amministrare i beni della comunione? p. 6.

II. — *Il potere assoluto del marito e la personalità della comunione.*

8. Il potere assoluto che ha il marito di disporre a titolo oneroso implica che i beni non appartengono ad una persona civile, p. 6.

712955

9. La quistione della personificazione non presenta un interesse pratico che per gli atti a titolo gratuito, e l'articolo 1423 prova che la comunione non è considerata come una persona civile cui appartengano i beni, p. 7.

N. 2. — *Atti a titolo gratuito.*

1. — *Donazioni tra vivi.*

I. — *Ciò che il marito può donare.*

10. L'articolo 1422 deroga all'antico diritto. Motivi della derogazione, p. 7.
11. Critica delle distinzioni fatte dall'articolo 1422 tra mobili ed immobili, fra donazioni a titolo particolare e donazioni a titolo universale, p. 8.
12. Perchè la legge proibisce al marito di riservarsi l'usufrutto degli effetti mobili che dona? p. 9.
13. Il marito può donare i beni della comunione per assegnamento ai figli comuni, a causa di matrimonio o altrimenti, p. 10.
14. Può egli donare tutti i beni della comunione? p. 10.
15. Restrizione fatta da Troplong alla decisione della Corte di cassazione, p. 11.
16. Critica di Marcadè. Il marito può disporre della comunione mediante istituzione contrattuale? O invece questa istituzione va equiparata ad una donazione testamentaria? p. 12.
17. Il marito può dispensare il figlio dalla collazione alla successione materna, nel caso in cui la madre accetti la comunione? pag. 13.
18. Una donazione fatta dal marito nei limiti della legge può essere annullata per causa d'eccesso? p. 13.

2. — *Delle donazioni eccedenti il limite legale.*

19. Le donazioni d'immobili, d'una universalità di mobili, o d'effetti mobili con riserva d'usufrutto sono nulle, p. 14.
20. La nullità non è stabilita che nell'interesse della moglie; essa sola può invocarla, p. 14.
21. La donazione rimane nulla, ancorchè la moglie vi avesse concorso, p. 15.
22. Risposta all'obbiezione dedotta dalla tradizione, p. 16.
23. Obbiezione dedotta dalla consuetudine di Parigi combinata con gli articoli 1421 e 1422, p. 18.
24. Risposta alle obbiezioni di Troplong, p. 19.
25. Critica della giurisprudenza, p. 19.
26. La moglie può chiedere, durante la comunione, la nullità delle donazioni illegali, fatte dal marito? p. 24.
27. La moglie può chiedere la nullità quando rinuncia alla comunione? p. 24.
28. Può chiedere la nullità se accetta? p. 25.
29. Che diviene la donazione se la cosa donata cade nella quota

del marito? *Quid* s'è posta nella quota della moglie? Il donatario ha, in questo caso, un'azione contro il donante? p. 26.
30. Il marito può chiedere la nullità come capo della comunione? pag. 27.
31. Qual'è la natura dell'azione che l'articolo 1422 accorda alla moglie? p. 28.
32. Può costei chiedere la nullità d'una donazione d'immobili fatta dal marito ad un figlio di precedente matrimonio, o questa donazione è semplicemente conferibile? p. 28.

II. — *Dei legati.*

33. Il marito può legare la sua quota nella comunione. Questo diritto appartiene anche alla moglie, p. 29.
34. Può il marito legare un oggetto particolare della comunione? Qual'è l'effetto di questo legato? L'articolo 1423 è una disposizione di massima, od un'eccezione al diritto comune? p. 29.
35. L'articolo 1423, 2° alinea, si applica alla moglie? p. 31.
36. *Quid* del legato che il marito fa alla moglie? p. 31.
37. L'articolo 1423, 2° alinea, si applica ai legati che il marito facesse dopo lo scioglimanto della comunione? p. 32.

N. 3. — *Restrizioni apportate al potere del marito.*

38. Il marito deve agire senza frode, p. 32.
39. Quando vi è frode? p. 33.
40. La moglie può agire in virtù dell'azione pauliana. Risposta alle obbiezioni, p. 34.
41. Ha essa azione contro i terzi? p. 35.
42. Quando la moglie può impugnare, a causa di frode, un atto a titolo oneroso? p. 35.
43. Quando la moglie può impugnare una donazione d'effetti mobili come fraudolenta? Basta che sia eccessiva? p. 35.
44. Quando il marito deve rivalsa per le donazioni ch'egli fa? p. 36.
45. *Quid*, della donazione ch'egli faccia a favore d'un figlio d'un precedente matrimonio? p. 38.
46. *Quid* se questa donazione è fatta in frode della moglie? p. 39.
47. *Quid* delle liberalità fatte a un figlio di precedente matrimonio per causa diversa dalla dote? p. 40.
48. *Quid* delle donazioni immobiliari fatte dal marito col concorso della moglie? Danno esse luogo a rivalsa quando son fatte con un onere, se l'onere avvantaggia entrambi i coniugi? p. 41.

§ II. — *Delle azioni.*

49. Il marito è signore delle azioni della comunione, p. 41.
50. Il marito può intentare le azioni immobiliari relative ai beni particolari della moglie? p. 42.

51. Lo può egli come usufruttuario dei beni della moglie e nell'interesse del suo godimento? Qual'è l'effetto delle sentenze riguardo alla moglie? p. 44.
52. Critica della giurisprudenza della Corte di cassazione, p. 44.
53. Il marito può agire ancora in nome della moglie o dei figli dopo lo scioglimento della comunione? p. 45.

§ III. — *Dei debiti contratti dal marito.*

N. 1. — *Rispetto ai terzi.*

54. Il marito obbliga la comunione per tutti i debiti ch'egli contrae, anche per effetto dei suoi delitti, p. 46.
55. L'eccezione ammessa dall'articolo 1425 è abolita, p. 46.

N. 2. — *Tra coniugi.*

56. Il marito deve rivalsa pei debiti che contrae nel suo interesse personale, p. 47.
57. Dev'egli rivalsa pei debiti contratti nell'interesse d'un terzo, senza vantaggio personale per lui? p. 47.
58. Quando i debiti sono particolari del marito? Perchè deve egli rivalsa per le pene pecuniarie? p. 48.
59. *Quid* delle riparazioni civili che sono conseguenza d'un delitto? p. 49.

Art. 2. — *Diritti della moglie.*

60. La moglie è socia e proprietaria, ma senza alcun diritto durante la comunione, p. 51.
61. La moglie sostituisce il marito interdetto o assente? p. 52.
62. In qual senso la moglie ha dei diritti, p. 52.

§ I. — *Dei debiti contratti dalla moglie senza l'autorizzazione del marito.*

63. La moglie non obbliga la comunione quando contratta senza la autorizzazione del marito, p. 53.
64. Essa non obbliga la comunione quando è obbligata per quasi-contratto, per delitto o quasi-delitto, p. 53.
65. *Quid* delle obbligazioni risultanti da un delitto, p. 53.
66. Se il marito autorizza la moglie a difendersi dall'azione civile, ne risulterà che il marito e la comunione rimarranno obbligati? pag. 54.
67. Quando il marito è responsabile dei delitti della moglie? p. 55.
68. *Quid* se la comunione ritrae un utile dall'obbligo contratto dalla moglie senza autorizzazione? p. 56.

§ II. — *Dei debiti contratti dalla moglie autorizzata dal marito.*

N. 1. — *Il principio.*

69. La moglie impegna la comunione e, per conseguenza, il marito quando si obbliga con l'autorizzazione maritale. Applicazione del principio ai debiti che la moglie contrae come pubblica mercantessa, p. 57.
70. In qual senso il marito è tenuto? È egli debitore personale? pag. 58.
71. Se la moglie commerciante ottiene un concordato, il marito resta tenuto personalmente dei debiti? p. 59.
72. *Quid* se il marito ottiene un concordato? I creditori della moglie conservano integra la loro azione sui beni della comunione? pag. 59.
73. Il principio che il marito è tenuto pel fatto dell'autorizzazione ch'egli accorda alla moglie di contrattare è applicabile agli altri regimi? p. 60.

N. 2. — *Le eccezioni.*

74. Il principio dell'articolo 1419 riceve eccezione nel caso previsto dall'articolo 1413, p. 60.
75. Vi ha pure eccezione nel caso previsto dall'articolo 1432? p. 61.
76. Queste eccezioni possono essere estese per via analogica? p. 63.
77. Vi è eccezione nel caso in cui la moglie doti un figlio col consenso del marito? p. 64.
78. *Quid* se la moglie autorizzata dal marito accetti una donazione immobiliare con onere? Può procedersi contro la comunione per l'onere? p. 65.
79. La comunione è obbligata per l'esecuzione testamentaria che la moglie accetta con l'autorizzazione del marito? p. 65.
80. *Quid* dell'autorizzazione di stare in giudizio che il marito dà alla moglie? p. 66.

§ III. — *Dei debiti contratti dalla moglie coll'autorizzazione giudiziale.*

N. 1. — *Il principio.*

81. La moglie autorizzata giudiziariamente obbliga la sua persona e la nuda proprietà dei suoi beni personali. Essa non obbliga la comunione, p. 66.
82. Il principio si applica alle azioni giudiziarie, anche a quelle che la moglie intenta contro il marito, p. 67.

N. 2. — *Le eccezioni.*

83. L'articolo 1427 contiene un'eccezione alla regola stabilita dallo articolo 1426, p. 68.
84. A questo titolo la disposizione dell'art. 1427 è restrittiva, p. 69.
85. Prima eccezione. Implica questa che il marito non possa autorizzare la moglie? p. 71.
86. Seconda eccezione. Si applica ai figli di un matrimonio precedente? p. 71.
87. Può la moglie, non solamente obbligare i beni della comunione, ma anche alienarli nei due casi dell'art. 1427? p. 72.
88. Il creditore ha, in questi due casi, azione sui beni del marito? pag. 72.

§ IV. — *Della contribuzione ai debiti contratti dalla moglie.*

89. Vi è *presunzione* che il debito contratto dalla moglie soltanto, autorizzata dal marito o dal tribunale, sia stato contratto nel suo interesse personale? p. 73.
90. Critica della dottrina d'Aubry e Rau, p. 73.

§ V. — *Dei debiti contratti dalla moglie congiantamente al marito.*

91. Qual'è la condizione della moglie che si obbliga solidalmente col marito, in quanto all'obbligazione, e in quanto alla contribuzione? p. 75.
92. La moglie si reputa fideiussore riguardo al creditore? Critica di una sentenza della Corte di Parigi, p. 75.
93. Del regresso della moglie contro il marito o contro la comunione, p. 77.
94. La moglie deve provare ch'essa si è obbligata per gli affari del marito o della comunione? Od ha invece una presunzione legale in suo favore? p. 77.
95. Critica dell'opinione generale, p. 78.
96. *Quid* se, oltre il marito e la moglie, vi sono altri condebitori solidali? Critica d'una sentenza della Corte di cassazione, p. 80.
97. *Quid* se la moglie si è obbligata col marito senza solidarietà? pag. 80.
98. *Quid* se il marito e la moglie si sono obbligati solidalmente a favore di un terzo? p. 81.
99. Il marito si reputa fideiussore della moglie quando si obbliga nell'interesse personale di costei? p. 82.

§ VI. — *Dei debiti contratti dalla moglie quale mandataria del marito.*

100. Differenze tra l'autorizzazione maritale e il mandato che il marito conferisce alla moglie, p. 83.

101. La dottrina e la giurisprudenza confondono questi due ordini di concetti, p. 84.
102. Il mandato dato alla moglie differisce dal mandato ordinario? Critica della dottrina degli scrittori, p. 85.
103. Del mandato conferito alla moglie di amministrare la comunione. Critica della giurisprudenza, p. 86.
104. Del mandato conferito alla moglie d'amministrare i suoi beni particolari, p. 87.
105. Del mandato tacito che ha la moglie di fare le spese dell'economia domestica. Qual'è il fondamento giuridico di questo mandato? p. 88.
106. Critica della giurisprudenza che lo confonde con l'autorizzazione, pag. 90.
107. Qual'è l'obbietto di questo mandato tacito? p. 91.
108. Qual'è l'effetto di questo mandato? Il marito è obbligato indefinitamente. *Quid* se vi è eccesso o frode? p. 91.
109. *Quid* se i coniugi vivono separati? Il marito sarà tenuto per le spese fatte dalla moglie, ed in virtù di quale principio? p. 92.
110. Giurisprudenza, p. 93.
111. Il mandato può essere revocato? Qual'è la conseguenza della revocazione? p. 95.
112. Il mandato tacito può altresì esistere pel commercio del marito. Quale n'è l'effetto? p. 95.

§ VII. — *La moglie è un terzo di fronte al marito?*

113. La moglie è terzo, avente causa, o parte negli atti che fa il marito sia come capo della comunione, sia come amministratore dei beni della moglie? p. 96.
114. Legge interpretativa del 28 aprile 1850. Quale ne è la portata? pag. 97.
115. Si applica agli atti concernenti i beni della comunione? p. 98.
116. È ammessa la moglie a provare che gli atti del marito sono antidatati? p. 98.

SEZIONE IV. — *Del patrimonio particolare dei coniugi.*

Art. 1. — *Dell'influenza del regime di comunione sul patrimonio di entrambi i coniugi.*

117. Ciascuno dei coniugi perde il godimento dei suoi beni particolari. In qual senso ciò è vero? p. 99.
118. Quanto al marito, ogni debito della comunione grava sovra i suoi beni particolari, p. 99.
119. Il marito ha diritto ad una rivalsa quando paga sovra i suoi beni particolari un debito che deve sopportare la comunione? pag. 100.
120. La moglie perde l'amministrazione dei suoi beni particolari, p. 100.

Art. 2. — *Dell'amministrazione dei beni della moglie.*

§ I. — *Nozioni generali.*

121. Perchè la legge accorda al marito l'amministrazione dei beni della moglie? p. 100.
122. Questo diritto è d'ordine pubblico? Ovvero i coniugi possono derogarvi? Qual'è la conseguenza della clausola con la quale la moglie si riserva il godimento e l'amministrazione d'una porzione delle sue rendite? p. 101.
123. I terzi donanti o testatori possono derogare al diritto d'amministrazione del marito? p. 102.
124. Vi è eccezione al potere d'amministrazione del marito in favore della moglie esercente la pubblica mercatura e della moglie artista drammatica? p. 102.

§ II. — *Dei poteri del marito.*

I. — *Principio.*

125. Il marito è amministratore dei beni altrui. Differenza tra il potere del marito come amministratore della comunione e il potere del marito come amministratore dei beni della moglie. pag. 103.
126. Il marito è responsabile della sua gestione. Questa responsabilità è limitata al caso previsto dall'art. 1428? Il debito di danni-interessi cade nella comunione? p. 104.
127. La moglie può estendere il potere del marito? Può dargli una procura generale d'alienare i suoi beni e disporne, p. 105.

N. 2. — *Atti di conservazione.*

128. Il marito può fare gli atti di conservazione, p. 106.
129. Quali sono gli atti conservativi? *Quid* delle riparazioni? *Quid* dei lavori di ricostruzione? p. 107.
130. Il marito deve interrompere la prescrizione. *Quid* dei diritti immobiliari della moglie? p. 107.

N. 3. — *Riscossione dei crediti.*

131. Il marito può riscuotere i crediti della moglie e rilasciarne liberazione, p. 108.
132. Può egli, mediante un conto approvato, costituire la moglie debitrice? p. 108.
133. Può il marito pagare quando vi è clausola di reimpiego? p. 109.

N. 4. — *Delle locazioni.*

I. — *Delle locazioni che il marito può fare.*

134. Il marito può fare una locazione di nove anni, obbligatoria per la moglie, p. 110.
135. *Quid* delle locazioni eccedenti i nove anni? Sono nulle? p. 110.
136 Qual'è l'effetto delle locazioni che eccedono i nove anni? p. 111.
137. L'affittuario ha diritto ad una indennità se la moglie chiede la riduzione della locazione? *Quid* se la moglie è erede del marito? p. 112.
138. Il marito può rescindere la locazione fatta prima del matrimonio? pag. 112.
139. Il marito può stipulare il pagamento anticipato delle pigioni e dei fitti? Il suo potere, a questo riguardo, è assoluto? p. 112.
140. L'articolo 1429 è applicabile quando la moglie concorre col marito? p. 113.

II. — *Della rinnovazione delle locazioni.*

141. Quando il marito può rinnovare le locazioni? p. 114.
142. *Quid* se rinnova la locazione prima dell'epoca fissata dalla legge? pag. 114.
143. La disposizione dell'articolo 1430 si applica alle locazioni eccedenti i nove anni? p. 115.

III. — *Delle locazioni fraudolente.*

144. Differenza tra le locazioni fraudolente e le locazioni irregolari fatte in violazione degli articoli 1429 e 1430, p. 116.
145. Quando la locazione è fraudolenta, p. 116.

N. 5. — *Delle azioni.*

146. Il marito esercita le azioni mobiliari spettanti alla moglie, p. 117.
147. Egli esercita le azioni possessorie, p. 118.
148. Conseguenza che deriva da questi principii, p. 118.
149. Il marito non ha diritto d'esercitare le azioni immobiliari della moglie, p. 118.
150. Il marito può esercitarle come usufruttuario, p. 119.
151. L'azione immobiliare intentata dal marito interrompe la prescrizione? p. 119.
152. Il marito ha diritto d'esercitare l'azione di divisione delle eredità devolute alla moglie? p. 119.

N. 6. — *Del diritto di disposizione.*

I. — *Degli immobili.*

153. Il marito non può alienare i beni immobili particolari della moglie, p. 120.
154. Conseguenza. Giurisprudenza, p. 120.
155-157. *Quid* se il marito aliena un bene particolare della moglie? Può costei rivendicare l'immobile? Lo può per l'intiero o per la metà? p. 120-124.
158. La moglie può agire durante la comunione? p. 124.
159. La moglie ha altresì un'azione personale di danni e interessi contro il marito, p. 126.
160. La moglie può confermare la vendita? Quando vi è conferma? pag. 126.

II. — *Dei mobili.*

161. Il marito può alienare i beni mobili particolari della moglie? Interesse della quistione, p. 127.
162-165. Discussione della quistione, p. 127-130.

§ III. — *Della responsabilità del marito.*

166. Di qual colpa risponde il marito? p. 131.
167. Il marito deve dare cauzione? p. 131.
168. Egli è responsabile della mancata dichiarazione delle eredità devolute alla moglie, p. 132.
169. Risponde egli sempre delle prescrizioni acquisite contro la moglie? p. 132.
170. Risponde egli dell'insolvibilità dei debitori? p. 132.
171. Risponde egli della mancanza di rinvestimento del prezzo? p 132.

§ IV. — *Diritti della moglie.*

172. La moglie può disporre dei suoi beni con l'autorizzazione del marito o del tribunale. Qual'è l'effetto di questa autorizzazione? pag. 133.
173. Essa può chiedere la separazione dei suoi beni quando sono stati pegnorati con quelli del marito, p. 133.
174. La moglie può intervenire nell'amministrazione dei suoi beni, pag. 133.
175. Può fare da sè stessa gli atti d'amministrazione quando il marito trascura di farli? p. 134.

SEZIONE V. — *Dello scioglimento della comunione.*

Art. 1. — *Delle cause di scioglimento.*

§ I. — *La morte.*

176. La comunione si scioglie per la morte d'uno dei coniugi. *Quid* dell'*assenza?* p. 135.

N. 1. — *Dell'obbligo imposto al coniuge superstite di fare inventario.*

177. La comunione sciolta per la morte non è più continuata, come lo era nell'antico diritto. Motivi di questa derogazione, p. 135.
178. Quali garanzie il codice ha sostituito alla continuazione della comunione? p. 137.
179. Entro qual termine il coniuge superstite deve fare inventario? pag. 137.
180. Il termine di tre mesi è perentorio? p. 139.
181. *Quid* se l'inventario è inesatto o infedele? p. 140.

N. 2. — *Della prova dei mobili non inventariati.*

182. La prova può darsi per testimoni e per pubblica notorietà, pag. 141.
183. Chi è ammesso a fornirla? p. 141.
184. Il giudice è vincolato dalla prova risultante dalle testimonianze? pag. 142.

N. 3. — *Decadenza dall'usufrutto legale.*

185. Il padre che non fa inventario decade dall'usufrutto legale, pag. 143.
186. La decadenza non ha luogo se non quando il padre omette d'inventariare i beni della comunione, p. 143.
187. La decadenza colpisce le rendite di tutti i beni dei figli, p. 144.
188. La decadenza ha luogo di pien diritto. Quali ne sono gli effetti? pag. 144.

N. 4. — *Responsabilità del tutore surrogato.*

189. Il tutore surrogato è solidalmente responsabile riguardo ai figli rispetto al coniuge superstite lo si considera come un semplice fidejussore, p. 145.
190. Qual'è l'estensione di questa responsabilità? p. 145.

N. 5. — *Applicazione analogica dell'articolo 1442.*

191. L'art. 1442 si applica alla comunione convenzionale, p. 146.
192. È applicabile ai regimi che escludono la comunione, in ciò che concerne la decadenza dall'usufrutto legale? p. 146.
193. *Quid* della prova per pubblica fama? p. 147.

§ II. — *Il divorzio e la separazione personale.*

194. Il divorzio risolve la comunione dal momento in cui l'ufficiale dello stato civile l'ha pronunciato, e senza mestieri di alcuna pubblicità, p. 148
195. Qual'è l'effetto dell'annullamento del matrimonio sulla comunione? pag. 149.
196. La separazione personale trae seco quella dei beni. La separazione dei beni scioglie la comunione, p. 149.

§ III. — *Della separazione dei beni.*

197. La separazione deve essere pronunciata giudizialmente. Ogni separazione volontaria è nulla. Lo stesso accade della separazione personale volontaria e delle convenzioni pecuniarie che l'accompagnano, p. 149.
198. La separazione dei beni volontaria è nulla, al pari di tutte le convenzioni che l'accompagnano. *Quid* se tali convenzioni vennero eseguite col pagamento delle rivalse spettanti alla moglie? pag. 150.

Art. 2. — *Della separazione giudiziale.*

§ I. — *Chi può domandare la separazione?*

N. 1. — *Della moglie.*

199. La moglie ha diritto di chiedere la separazione dei beni; il marito, no, p. 152.
200. *Quid* se la moglie muore durante il corso del giudizio? I suoi eredi hanno diritto di continuarlo? p. 153.

N. 2. — *Dei creditori.*

201. Perchè la legge non conferisce loro il diritto di domandare la separazione dei beni, p. 154.
202-203. Qual'è il diritto che loro riconosce la legge? p. 155-156.
204. Hanno essi la facoltà d'accettare o di rinunciare che appartiene alla moglie? p. 157.

205. Essi possono esercitare i diritti della moglie rinunciante. Debbono rispettare il godimento dei beni particolari che appartengono alla comunione? p. 157.
206. Su quali beni i creditori esercitano i loro diritti? p. 158.
207. *Quid* se la moglie accetta la comunione al tempo del suo scioglimento reale? p. 158.

§ II. — *Delle cause per cui la moglie può chiedere la separazione.*

N. 1. — *Il testo.*

208. Redazione infelice dell'articolo 1443, p. 159.
209. Che significa in questo articolo la parola *dote?* p. 160.
210. Che cosa s'intende per *prelevamenti?* p. 161.
211. Che cosa s'intende per *diritti?* p. 162.
212. Il caso della *dote* e quello del *prelevamento* costituiscono un'unica causa di separazione? O ve ne hanno due? p. 163.

N. 2. — *Applicazione.*

213. La moglie può chiedere la separazione quando la sua dote mobiliare è posta in pericolo. Qual'è il vero motivo del decidere? pag. 165.
214. La moglie può chiedere la separazione quando le rendite dei suoi beni particolari non ricevono la loro destinazione convenzionale, p. 167.
215. *Quid* se la moglie non ha beni mobili nè immobili, ma produce col suo ingegno, ovvero colla sua industria o col suo commercio? p. 168.
216. *Quid* se la moglie non ha beni, nè professione? p. 170.
217. Quando la moglie può chiedere la separazione in causa dei suoi prelevamenti? p. 171.

N. 3. — *Le prove.*

218. Bisogna distinguere le due cause per cui la moglie può domandare la separazione, p. 171.

I. — *Quando la dote è posta in pericolo?*

219. Quando la dote mobiliare è posta in pericolo? Occorre dimostrare il disordine degli affari del marito e l'insufficienza dei suoi beni? p. 172.
220. Bisogna provare che il pericolo della dote proviene da una vita sregolata e da una cattiva gestione? p. 174.
221. Si applica il medesimo principio alle rendite dei beni particolari della moglie. Fa d'uopo che questa rendita sia impiegata di-

versamente dalla sua destinazione, al tempo in cui vien promossa la domanda, oppure è sufficiente il pericolo? p. 174.
222. *Quid* se il marito non ha ancora ricevuta la dote? p. 176.

II. — *Quando i prelevamenti sono in pericolo?*

223. Che deve provare la moglie per ottenere la separazione a questo titolo? p. 176.
224. Che s'intende per *disordine negli affari del marito?* Si tratta forse della cattiva condotta? Ovvero della mala gestione? O invece delle perdite che il marito ha sofferto? p. 177.
225. Occorre, in secondo luogo, che la moglie dimostri come, in conseguenza del disordine negli affari del marito, i di lui beni sono insufficienti per soddisfarla dei suoi prelevamenti, p. 178.
226. Basta che vi sia pericolo per i prelevamenti, e che sia temibile l'insufficienza dei suoi beni, p. 179.
227. La moglie non può agire se non vi è pericolo dell'insufficienza dei beni del marito, p. 180.
228. *Quid* se i prelevamenti della moglie sono garentiti dall'ipoteca legale? p. 180.
229. *Quid* se l'esercizio dei diritti della moglie è garentito da un'ipoteca convenzionale? p. 182.
230. La comunione è sciolta di pien diritto pel fallimento? p. 183.
231. La moglie può chiedere la separazione dei beni quando il marito è in istato di demenza, p. 184.
232. *Quid* se il marito è interdetto? p. 184.
233. *Quid* se il marito è in istato di contumacia, p. 185.

N. 4. — *Eccezioni d'inammissibilità.*

234. Vi hanno eccezioni d'inammissibilità mediante le quali il marito possa respingere la domanda di separazione? p. 185.
235. *Quid* se il disordine degli affari del marito proviene dall'avere egli seguito i consigli della moglie? p. 186.
236. *Quid* se le spese eccessive della moglie furono causa della rovina del marito? p. 186.
237. *Quid* se la moglie ha abbandonato il domicilio coniugale? p. 187.
238. *Quid* se la moglie si è resa colpevole di sottrazioni che produssero il disordine negli affari del marito? p. 188.

§ III. — *Della procedura.*

239. La procedura in questa materia è intimamente connessa al diritto, pag. 188.
240. Proposizione della domanda. L'autorizzazione del presidente sostituisce quella marito. Essa abilita la moglie per tutte le istanze relative alla separazione, p. 188.
241. Scopo delle formalità speciali cui la domanda è soggetta. La moralità del buon tempo antico e la moralità moderna, p. 189.

N. 1. — *La domanda.*

242. La domanda dev'esser resa pubblica. Motivi, p. 190.
243. Quali sono le forme prescritte per la pubblicità? *Quid* se non vennero osservate? p. 190.
244. In qual modo deve la moglie provare i fatti che servono di fondamento alla sua dimanda? Può essa invocare la confessione del marito? p. 191.

N. 2. — *La sentenza.*

245. La sentenza dev'essere resa pubblica. Perchè? p. 191.
246. Quali sono le formalità prescritte per la pubblicità della sentenza? p. 192.
247. La pena di nullità stabilita dall'art. 1445 è applicabile alle formalità dell'art. 872 del codice di procedura? p. 192.
248. La sentenza che pronuncia la separazione personale dev'essere resa pubblica sotto pena di nullità? p. 193.

N. 3. — *L'esecuzione della sentenza.*

249. L'esecuzione della sentenza deve farsi, sotto pena di nullità, nel termine prescritto dalla legge. Per qual motivo? p. 194.
250. L'art. 1444 è applicabile alla separazione dei beni resultante dalla separazione personale? p. 194.
251. L'art. 872 del codice di procedura ha derogato all'art. 1444 del codice civile? p. 194.
252. L'esecuzione può essere volontaria, p. 195.
253. Il pagamento dei redditi della moglie dev'essere reale e autenticamente constatato, p. 195.
254. L'art. 174 del codice di procedura deroga al codice civile, in quanto concerne il termine in cui la moglie deve iniziare la sua azione? p. 196.
255. L'esecuzione deve cominciare nella quindicina ed essere continuata senza interruzione. Quando vi è interruzione? p. 197.
256. L'esecuzione dev'essere completa sino a concorrenza dei beni del marito, p. 198.
257. Che s'intende per esecuzione? La notificazione della sentenza costituisce un atto di esecuzione? p. 198.

N. 4. — *Della nullità per mancata esecuzione.*

I. — *Carattere della nullità.*

258. La nullità è un'eccezione perentoria. La sentenza e il giudizio vengono annullati, p. 199.
259. La nullità è d'ordine pubblico? Può essere sanata? p. 200.

II. — *Chi può opporre la nullità?*

260. Ogni terzo interessato può opporre la nullità. *Quid* dei creditori posteriori all'esecuzione fatta dopo i quindici giorni? p. 201.
261. Il marito può opporre la nullità alla moglie? p. 202.
262. La moglie può opporla al marito? p. 203.
263. I coniugi possono opporla ai terzi? p. 204.

§ IV. — *Diritti dei creditori del marito.*

264. I creditori del marito hanno diritto d'intervenire nel giudizio. In forza di qual principio ed a quale scopo? p. 205.
265. I creditori possono interporre appello? p. 206.
266. I creditori i quali hanno un semplice diritto eventuale possono intervenire? p. 206.
267. I creditori hanno ancora l'azione pauliana o la opposizione di terzo, p. 206.
268. Che debbono provare i creditori i quali si oppongono alla separazione o che l'impugnano? Basta il pregiudizio? O fa d'uopo che vi sia frode? p. 206.
269. I creditori che non vi intervennero possono nondimeno agire in nullità? p. 207.
270. Qual'è la durata dell'azione pauliana? p. 208.
271. Il termine d'un anno è applicabile alla liquidazione dei diritti della moglie? p. 209.

N. 3. — *Diritti dei creditori in caso d'inosservanza delle formalità legali.*

272. I creditori possono chiedere la nullità della separazione quando le formalità prescritte dalla legge non sono state osservate, pag. 210.
273. Qual'è la durata di questa azione? p. 211.

§ V. — *Effetti della separazione dei beni.*

N. 1. — *Scioglimento della comunione.*

274. La comunione è sciolta. La moglie può accettare o rinunciare, pag. 212.
275. Essa esercita i diritti che appartengono alla moglie che accetta o che rinuncia. Potrà esercitare i diritti di sopravvivenza? pag. 212.
276. La moglie può fare gli atti conservativi riguardo ai suoi diritti di sopravvivenza? Quali sono questi atti? p. 213.

277. La moglie può transigere riguardo ai suoi diritti di sopravvivenza? p. 214.

N. 2. — *Contribuzione agli oneri.*

278. In qual modo la moglie separata di beni contribuisce ai pesi del matrimonio? p. 214.
279. Deve essa sopportare le spese d'educazione, anche pel passato, se nulla rimane al marito? p. 216.
280. La moglie ha diritto a ripetizione contro il marito se questi ritorna a miglior fortuna? p. 217.
281. La moglie deve versare la sua parte contributiva nelle mani del marito? p. 217.
282. I tribunali possono autorizzare la moglie a pagare direttamente le spese sino a concorrenza della sua quota di contributo? pag. 219.
283. Può il marito reclamare l'amministrazione dei beni della moglie almeno in parte, per garantire il pagamento della sua quota di contributo? Può pretendere altre garenzie? p. 221.
284. La moglie è tenuta personalmente, riguardo ai terzi, nel limite della sua parte contributiva? Critica della dottrina e della giurisprudenza, p. 221.
285. Quando i coniugi separati di beni vivono divisi hanno reciprocamente un'azione alimentare? p. 224.

N. 3. — *Diritti della moglie separata di beni.*

I. — *Dell'amministrazione e del godimento.*

286. La moglie riprende l'amministrazione e il godimento dei suoi beni, p. 225.
287. La sua amministrazione è *libera*. In qual senso e perchè? pag. 225.
288. *Quid* se la moglie lascia di fatto il godimento dei suoi beni al marito? A che sarà tenuto costui? p. 226.
289. *Quid* se la moglie conferisce al marito il mandato di amministrare? p. 227.
290. *Quid* se il marito gode dei beni della moglie ad onta della di lei opposizione? p. 228.
291. La moglie può rinunziare in tutto o in parte all'amministrazione dei suoi beni a favore del marito? p. 228.

II — *Quali atti possa compiere la moglie.*

292. La moglie ha il libero godimento delle proprie rendite? p. 229.
293. Essa amministra liberamente i suoi beni. Si deve equipararla ad un amministratore ordinario? La sua condizione è analoga a quella del minore emancipato, p. 229.

294. Può locare i suoi beni? Chi può impugnare le locazioni da lei consentite, e per quali cause? p. 230.
295. Può riscuotere e rilasciare liberazione d'un capitale mobiliare? pag. 231.
296. Può consentire alla cancellazione d'una iscrizione ipotecaria? p. 232.
297. Può la moglie separata acquistare beni mobili od immobili pag. 232.
298. Può impiegare i suoi capitali in rendita vitalizia? p. 232.
299. A chi appartengono gli acquisti fatti dalla moglie separata? p. 233.
300. *Quid* dei beni mobili? Si presume che appartengano alla moglie? pag. 234.

III. — *La moglie separata di beni può alienare i suoi mobili.*

301. La moglie può alienare i suoi mobili, ancorchè l'alienazione non sia fatta per bisogni dell'amministrazione? p. 235.
302. Critica della giurisprudenza sulla quistione, p. 237.
303. Come debbano intendersi le parole *beni mobili* dell'art. 1449, pag. 238.
304. Può la moglie trasformare titoli nominativi in altri al portatore? p. 238.
305. Può la moglie dividere un'eredità mobiliare? p. 238.
306. Può transigere su diritti mobiliari? p. 239.
307. Può disporre a titolo gratuito senza autorizzazione? p. 239.

IV. — *La moglie separata di beni può obbligarsi?*

1. — *In quali limiti possa farlo?*

308. La moglie può obbligarsi pei bisogni della sua amministrazione, pag. 240.
309. Può essa obbligarsi oltre i bisogni della propria amministrazione, vincolando i suoi beni mobili? Errore della primitiva giurisprudenza della Corte di cassazione, p. 240.
310. La moglie può obbligarsi per cause estranee alla sua amministrazione, p. 241.
311. Critica dell'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione, pag. 243.
312. Quando può dirsi che la moglie si obbliga pei bisogni della sua amministrazione? p. 243.
313. *Quid* se la moglie si è obbligata per la sua amministrazione, ma l'obbligo sia eccessivo? p. 244.
314. Quando la moglie si obbliga nei limiti del suo potere di amministrazione, essa vincola tutti i suoi beni mobili ed immobili, pag. 245.

2. — *Applicazione.*

315. La moglie separata può accettare un'eredità? p. 246.
316. Può accettare una donazione? p. 246.

317. La moglie separata può prendere a prestito? La sua capacità è assoluta? p. 246.
318. La moglie separata può dar cauzione pel debito di un terzo? pag. 247.
319. La moglie separata può contrarre una società in accomandita? Può associarsi col marito? p. 248.
320. La moglie può giuocare alla Borsa? p. 248.

V. — *Dell'incapacità della moglie separata di beni.*

1. — *Quali atti la moglie non possa compiere.*

321. La moglie separata di beni rimane incapace, salvo per gli atti d'amministrazione e per l'alienazione dei suoi beni mobili, p. 249.
322. Essa non può stare in giudizio, p. 249.
323. Può compromettere? p. 250.
324. La moglie separata non può alienare i suoi immobili, nè gravarli di diritti reali senza autorizzazione, p. 250.

2. — *Responsabilità del marito.*

325. Il marito è garante della mancanza d'impiego o di reimpiego quando la moglie vende un immobile? p. 251.
326. Applicazione del principio al caso in cui la moglie venda un immobile coll'autorizzazione del tribunale. In quali casi il marito è responsabile? p. 251.
327. In qual modo chi agisce in responsabilità potrà dimostrare che il marito abbia ricevuto il prezzo o che questo siasi rivolto a suo profitto? p. 252.
328. Il marito che autorizza la moglie ad alienare non diviene garante pel semplice fatto di questa autorizzazione, p. 253.
329-331. Critica dell'opinione contraria, p. 254-257.
332. Il marito può liberarsi dalla responsabilità provando che il prezzo è stato ricevuto dalla moglie? p. 257.
333. Il marito è garante dell'utilità dell'impiego? p. 258.
334. In mano di chi l'acquirente deve pagare il prezzo? Il marito può opporsi a che egli paghi senza la sua presenza? p. 258.
335. Il marito e l'autorità giudiziaria possono imporre alla moglie un impiego e dichiarare questo impiego obbligatorio per l'acquirente? p. 259.

N. 4. — *Retroattività della separazione.*

I. — *Il principio.*

336. La sentenza che pronuncia la separazione dei beni retroagisce al giorno della dimanda tanto fra le parti quanto riguardo ai terzi, p. 249.
337. Quali sono i motivi di questa retroattività? È dessa un'applica-

zione dei principii generali od un'eccezione a questi principii? pag. 260.
338. La separazione dei beni risultante dalla separazione personale retroagisce? p. 261.
339. Critica dell'opinione contraria consacrata dalla Corte di cassazione, p. 264.

II. — *Conseguenze.*

1. — *Riguardo ai beni.*

340. La comunione è liquidata nello stato in cui si trova al tempo della domanda per separazione dei beni, p. 266.
341. Critica della dottrina e della giurisprudenza contrarie, p. 266.
342. La moglie ha diritto alle rendite dei suoi beni particolari ed agli interessi delle sue compensazioni a partire dalla domanda di separazione. *Quid* degli interessi della sua dote mobiliare? pag. 267.
343. Applicazione del principio della retroattività ai valori che il marito ha sottratti. La moglie ha diritto agli interessi ed ai dividendi, p. 269.
344. Il marito può pagare, durante il giudizio, i diritti e i prelevamenti della moglie? Può egli cedere dei beni in pagamento? pag. 269.

2. — *Riguardo ai debiti.*

345. I debiti contratti dal marito durante il giudizio non cadono nella comunione rispetto alla moglie, p. 271.
346. *Quid* dei debiti contratti dalla moglie senza autorizzazione? Sono validi se la moglie non è autorizzata? p. 271.

3. — *Riguardo agli atti di disposizione o d'amministrazione fatti dal marito.*

347. Il marito cessa d'essere capo della comunione e amministratore dei beni della moglie quando la separazione è pronunziata, pag. 272.
348. Gli atti ch'ei compie, in questa qualità, posteriormente alla domanda sono nulli? La moglie può impugnarli? Sotto quale condizione? Basta il pregiudizio? Od occorre la frode? pag. 272.
349. Critica dell'opinione contraria, p. 274.
350. Qual'è la dottrina consacrata dalla giurisprudenza? p. 275.
350 *bis*. *Quid* degli atti d'amministrazione? Giurisprudenza, p. 276.
351. La moglie può prendere delle misure conservative dei suoi diritti, p. 277.

4. — *Accettazione e rinuncia della comunione.*

352. Può la moglie accettare la comunione o rinunziarvi durante il giudizio di separazione? Critica dell'opinione generale, p. 278.

§ VI. — *Del ristabilimento della comunione.*

N. 1. — *Condizioni.*

353. La comunione può essere ristabilita col consenso di entrambi i coniugi, p. 278.
354. Perchè occorre una convenzione? p. 279.
355. Perchè occorre un atto autentico, anche quando i coniugi sono separati personalmente? p. 279.
356. La convenzione dev'essere resa pubblica. Fa d'uopo osservare le formalità prescritte dall'art. 872 del codice di procedura? *Quid* se le formalità dell'art. 1445 non sono state adempiute? pag. 280.
357. I coniugi debbono ristabilire la loro comunione tal quale esisteva in virtù delle loro convenzioni matrimoniali, espresse o tacite, pag. 281.
358. In qual senso la convenzione è nulla se deroga al divieto dell'art. 1451? p. 282.

N. 2. — *Effetto del ristabilimento della comunione.*

359. Qual'è l'effetto del ristabilimento della comunione fra i coniugi? p. 283.
360. Qual'è l'effetto di questo ristabilimento riguardo ai terzi? p. 284.

SEZIONE VI. — *Dell'accettazione e della rinuncia della comunione.*

§ I. — *Del diritto d'opzione.*

361. Il diritto d'opzione è contrario al diritto comune. Perchè la legge lo conferisce alla moglie? p. 285.
362. Origine storica del diritto d'opzione, p. 285.
363. La moglie può rinunciarvi? Quale utilità presenta per la moglie? pag. 286.
364. In qual senso ogni convenzione contraria è nulla? p. 287.
365. Il marito non può rinunziare. Lo può egli come erede della moglie? p. 287.
366. Gli eredi della moglie hanno il diritto d'opzione, p. 289.
367. *Quid* degli aventi causa della moglie? I creditori possono accettare? p. 289.
368. I creditori possono rinunciare? p. 290.

§ II. — *Dell'accettazione.*

369. Si applicano all'accettazione della comunione i principii che regolano l'accettazione d'una eredità, p. 291.

N. 1. — *Delle condizioni richieste per l'accettazione.*

370. La moglie non può accettare prima dello scioglimento della comunione, p. 292.
371. Può essa accettare ancora dopo che ha rinunciato? Ovvero rinunciare dopo di aver accettato? p. 293.
372. La moglie minore d'età può accettare? Quali formalità deve adempiere? p. 293.
373. L'accettazione può essere condizionale, a termine o parziale? p. 294.

N. 2. — *Quando l'accettazione debba o possa farsi.*

374. La vedova ha trent'anni per pronunciarsi, p. 294.
375. Qual'è lo scopo del termine di tre mesi e quaranta giorni prescritto per fare inventario e per deliberare? p. 295.
376. *Quid* se la moglie o i suoi eredi rimangono inattivi per trent'anni? p. 295.
377. Quando deve la moglie accettare, allorchè la comunione si scioglie pel divorzio, per la separazione personale o per la separazione dei beni? p. 296.

N. 3. — *Come si fa l'accettazione.*

I. — *Dell'accettazione espressa e tacita.*

378. Quando vi è accettazione espressa o tacita? p. 298.
379-380. Applicazioni desunte dalla giurisprudenza, p. 298.
381. La moglie può chiedere al magistrato l'autorizzazione di compiere gli atti d'amministrazione e di conservazione? Qual'è il valore delle proteste ch'ella facesse? p. 299.

II. — *Della sottrazione degli effetti della comunione.*

382. Quali sono le conseguenze della sottrazione degli effetti della comunione commessa dalla moglie o dal marito? p. 300.
383. Che cosa è la sottrazione, e perchè la moglie è dichiarata in comunione? p. 300.
384. L'art. 1460 si applica alla moglie minorenne? p. 301.
385. L'art. 1460 è applicabile quando la moglie abbia effettuata la sottrazione prima dello scioglimento della comunione? pag. 301.

386. *Quid* se la moglie sottrae dopo aver rinunciato? p. 302.
387. L'art. 1460 è applicabile alla moglie divorziata, separata personalmente e separata di beni? p. 302.

III. — *Quando l'accettazione può essere impugnata?*

388. Per massima l'accettazione è irrevocabile, p. 303.
389. La moglie minore d'età può impugnare l'accettazione quando è nulla nella forma, p. 304.
390. La moglie d'età maggiore può impugnare l'accettazione per causa di dolo, p. 304.
391. I creditori possono impugnare l'accettazione della moglie se ebbe luogo in frode dei loro diritti? p. 306.

IV. — *Effetti dell'accettazione.*

392. L'accettazione della moglie retroagisce al giorno della celebrazione del matrimonio? p. 307.
393. La moglie che accetta può impugnare gli atti compiuti dal marito in frode dei suoi diritti? p. 308.
394. Gli eredi della moglie possono impugnare gli atti compiuti dal marito in frode dei creditori e col concorso della moglie? pag. 309.

§ III. — *Della rinuncia.*

N. 1. — *Quando la vedova può rinunciare.*

395. La moglie può rinunciare senza aver fatto inventario? p. 309.
396. L'inventario deve essere redatto entro i tre mesi ed essere fedele ed esatto. Esso si fa in contraddittorio con gli eredi del marito, e dev'essere giurato sincero e vero, p. 311.
397. Qual è la condizione della moglie quando ha fatto inventario entro i tre mesi? p. 312.
398. La moglie che non ha fatto inventario in questo termine è decaduta dalla facoltà di rinunciare, p. 313.
399. Critica dell'opinione contraria di Colmet de Santerre, p. 314.
400. La decadenza pronunciata dall'art. 1456 è lasciata all'apprezzazione del magistrato? p. 316.
401. Come si calcola il termine di tre mesi entro cui dev'esser fatto l'inventario? p. 317.
402. L'inventario è nullo quando le formalità prescritte dalla legge non sono state osservate? p. 317.
403. L'inventario può esser fatto dopo l'elasso dei tre mesi? p. 318.
404. L'inventario può supplirsi con atti equipollenti? p. 319.
405. Se la moglie decaduta dalla facoltà di rinunciare, rinuncia, può essa giovarsi della nullità della propria rinuncia? p. 319.

N. 2. — *Quando la moglie divorziata, separata di persona o di beni, può o deve rinunciare?*

406. Quali sono i motivi della disposizione speciale dell'art. 1463? pag. 320.
407. L'art. 1463 si applica alla moglie separata di beni? p. 320.
408. Da qual giorno comincia a decorrere il termine dell'art. 1463? pag. 323.
409. Quali sono i diritti della moglie divorziata o personalmente separata? p. 323.
410. Il termine dell'art. 1463 può essere prorogato dal giudice o dalle parti? 324.
411. L'art. 1463 stabilisce una semplice presunzione di rinuncia? Può la moglie combatterla con la prova contraria? p. 324.

N. 3. — *Forme della rinuncia.*

412. La rinuncia della moglie superstite è un atto solenne, p. 326.
413. Fra la moglie e gli eredi del marito la rinuncia può farsi per via di convenzione, p. 326.
414. La rinuncia della moglie divorziata o separata personalmente è tacita. Quella della moglie separata di beni deve farsi presso la cancelleria, p. 327.
415. La moglie separata di beni può rinunciare, in confronto al marito, per via di convenzione, p. 327.

N. 4. — *Da chi e per quali cause la rinuncia può essere impugnata.*

416. A tenore dei principii la moglie non può ritornare sulla sua rinuncia, p. 328.
417. Essa può impugnarla per causa d'incapacità o di dolo. Qual'è, in quest'ultimo caso, la durata dell'azione di nullità? p. 328.
418. I creditori della moglie possono impugnare la di lei rinunzia quando è fatta in frode dei loro diritti, p. 329.
419. Qual'è l'effetto della sentenza che annulla la rinuncia? p. 329.

N. 5. — *Effetto della rinuncia.*

420. La moglie che rinuncia si considera come se non fosse mai stata socia, p. 330.

§ IV. — *Diritti degli eredi della moglie.*

421. Gli eredi della moglie, a rigore di principio, hanno gli stessi diritti di lei, p. 330.

N. 1. — *Scioglimento della comunione per morte della moglie.*

422. Il diritto della moglie si divide fra gli eredi. Ciascuno di questi può accettare la comunione o rinunciarvi, p. 330.
423. Che avviene della parte del rinunciante? Perchè non accresce agli altri che accettano? p. 331.
424. Qual'è l'obbietto del secondo alinea dell'art. 1475? p. 332.
425. Applicazione della legge alla comunione legale, p. 332.
426. Applicazione della legge alla comunione convenzionale, p. 333.
427. *Quid* se uno degli eredi della moglie rinuncia alla successione? pag. 334.
428. Gli eredi della moglie debbono fare inventario per conservare la facoltà di rinunciare scorso il termine di tre mesi? p. 334.

N. 2. — *Scioglimento della comunione per morte del marito.*

429. Quando la moglie superstite muore entro tre mesi e quaranta giorni senza essersi pronunziata, il diritto alla comunione si divide fra i suoi eredi conformemente all'articolo 1475, pag. 336.
430. Agli eredi della vedova appartengono i diritti che quella avrebbe esercitato in caso di sopravvivenza, p. 337.
431. In qual termine debbono fare inventario? p. 337.
432. *Quid* se la vedova muore dopo aver fatto inventario? p. 338.
433. Dell'eccezione dilatoria spettante agli eredi e delle formalità della rinuncia, p. 338.

§ V. — *Dei diritti della vedova.*

434. Diritti che appartengono alla vedova e non ai suoi eredi p. 339.

N. 4. — *Delle spese di lutto della vedova.*

435. La vedova ha diritto alle spese di lutto, qualunque sia il regime sotto il quale si è maritata. Perchè il marito non ha diritto alle spese di lutto? p. 339.
436. Che s'intende per spese di lutto? Può la moglie reclamarle pei suoi domestici? p. 340.

N. 2. — *Degli alimenti.*

437. Qual'è il motivo per cui la legge accorda gli alimenti e l'abitazione alla vedova? p. 340.
438. Qual'è l'estensione del suo diritto? p. 342.
439. A carico di chi stanno gli alimenti? p. 342.
440. Fino a quando la moglie gode di questo diritto? p. 343.

N. 3. — *Dell'abitazione.*

441. Qual'è il fondamento del diritto d'abitazione? p. 344.
442. È un diritto reale o un diritto di credito? p. 345.
443. A carico di chi sta l'abitazione della moglie? p. 345.
444. La moglie ha diritto all'abitazione quando cessa la locazione della casa da lei abitata? Chi deve pagare la pigione? p. 345.

SEZIONE VII. — *Liquidazione della comunione.*

Art. I. — *Dei compensi.*

445. Che s'intende per *compensi?* p. 346.
446. Perchè debbonsi liquidare i compensi rispettivi della comunione e dei coniugi quando la moglie accetta? *Quid* se rinuncia? p. 346.
447. Liquidazione dei compensi, delle collazioni e dei prelevamenti, p. 347.

§ I. — *Dei compensi dovuti dalla comunione ai coniugi.*

N. 1. — *Quando la comunione deve compenso ai coniugi?*

I. — *Principio.*

448. Origine del principio. Qual'era, nell'antico diritto, il motivo del compenso, e perchè il codice l'ha ammesso? p. 347.
449. La disposizione dell'art. 1433 è restrittiva? p. 348.
450. Il principio si applica alla vendita d'un bene particolare, p. 349.
451. È del pari applicabile alla dazione in pagamento d'un bene particolare per estinguere un debito che doveva stare a carico della comunione, p. 349.
452. Applicazione del principio al caso d'una servitù dovuta al fondo particolare d'uno dei coniugi, p. 350.
453. Perchè si faccia luogo a compensazione, è d'uopo che il prezzo sia stato versato nella comunione, p. 350.
454. *Quid* se il prezzo non è pagato all'acquirente? *Quid* se si tratta d'un bene particolare della moglie? L'azione di danni interessi ch'ella ha contro il marito è una compensazione? p. 350.
455. *Quid* se il marito delega ai suoi creditori il prezzo proveniente dall'alienazione d'un bene particolare della moglie? p. 351.
456. È d'uopo che la comunione abbia tratto profitto dal prezzo? *Quid* se il marito versa il prezzo a misura che lo riscuote? pag. 351.
457. Il coniuge che reclama un compenso deve provare che il prezzo è stato versato nella comunione? Vi è un'eccezione a favore della moglie? p. 352.
458. Qual'è l'ammontare del compenso cui il coniuge ha diritto? pag. 354.
459. Applicazione del principio alla vendita, p. 354.

460. Il coniuge preleva il prezzo dichiarato ovvero il prezzo reale? pag. 355.
461-462. Come si fa la prova della simulazione del prezzo? Può farsi per testimoni? È applicabile l'art. 1341? p. 355-357.
463. Applicazione del principio alla dazione in pagamento, p. 359.
464. Applicazione del principio al riscatto e al condono d'una servitù, p. 359.
465. Applicazione del principio al compenso dovuto nel caso dell'articolo 1403, p. 360.

II. — *Dei diritti vitalizi.*

1. — *Cessione d'un bene particolare in cambio d'un diritto vitalizio.*

466. Il coniuge che vende un bene particolare per un diritto vitalizio, come una rendita, ha diritto a compenso? p. 361.
467. Qual'è l'ammontare del medesimo? p. 363.

2. — *Alienazione d'un diritto vitalizio.*

468. Il coniuge che aliena un diritto vitalizio ha diritto a compenso quando sopravvive allo scioglimento della comunione. *Quid* se la comunione si scioglie per la sua morte? Prima opinione di Pothier, p. 364.
469. Ultima opinione di Pothier. Critica, p. 366.
470. Qual'è l'ammontare dell'indennità cui il coniuge ha diritto? pag. 367.

§ II. — *Dei compensi dovuti alla comunione.*

N. 1. — *Quando è dovuto compenso?*

471. Qual'è il fondamento dei compensi che i coniugi debbono alla comunione? In quali casi vi è luogo a compensazione? pag. 369.
472. Se la comunione ha pagato un debito personale d'uno dei coniugi, ne deve costui compensazione? p. 370.
473. Del pari se la comunione ha affrancato da un peso reale il bene particolare d'un coniuge, come da servitù o da ipoteca, pag. 370.
474. È lo stesso delle somme prese sulla comunione per la conservazione, il ricupero o il miglioramento dei beni particolari dei coniugi, p. 371.
475. Regola generale dell'art. 1437, p. 371.

N. 2. — *Ammontare del compenso.*

I. — *Il principio.*

476. Primo principio stabilito da Pothier, p. 372.
477. Secondo principio di Pothier. Il compenso non eccede la somma presa sulla comunione, p. 372.

478-479. Terzo principio di Pothier. Non è dovuta compensazione che sino a concorrenza dell'utile che il coniuge ha ricavato dalla somma presa sulla comunione. Questo principio è quello del codice civile? p. 373-374.
480. Il coniuge che prende delle somme sulla comunione è mutuatario? A qual titolo è debitore del compenso? p. 376.

II. — *Applicazione del principio.*

481. Qual'è la cifra del compenso quando la somma presa sulla comunione serve a pagare un debito particolare del coniuge, o a dotare un figlio di matrimonio precedente? p. 377.
482. *Quid* se il beneficio è minore? Applicazione del principio ai lavori fatti sui beni particolari dei coniugi. Delle spese necessarie e delle spese utili. La compensazione equivarrà alla somma presa sulla comunione o al beneficio risultante dai lavori? pag. 377.
483. *Quid* dei lavori d'abbellimento? p. 380.
484. *Quid* se i lavori sono fatti sui beni particolari della moglie? pag. 380.
485. Applicazione del principio al riscatto d'una servitù, p. 381.
486. Applicazione all'acquisto d'una rendita vitalizia con beni della comunione. Se è stipulata riversibile a favore del coniuge superstite, costui deve compenso, p. 381.

Art. 2. — *Come si esercitano i compensi.*

487. I compensi dovuti dalla comunione si esercitano per via di prelevamento, quelli incombenti ai coniugi si fanno per via di collazione, p. 383.
488. Applicazione del principio tratta dalla giurisprudenza, p. 383.

§ I. — *Collazione delle indennità dovute alla comunione.*

N. 1. — *Caratteri di queste indennità.*

489. I coniugi debbono il compenso come debitori personali. Conseguenza che ne risulta relativamente alla moglie che rinuncia, pag. 384.
490. Quando i coniugi debbono conferire ciò di cui sono debitori? Perchè non sono tenuti agli interessi durante la comunione? Perchè gl'interessi decorrono di pien diritto dopo lo scioglimento della comunione? p. 284.

N. 2. — *Come si faccia la collazione.*

491. A rigor di principii, la collazione si fa in natura. Il coniuge debitore può invocare la compensazione di ciò che gli è dovuto dalla comunione? p. 384.
492. La collazione può farsi fittiziamente? In qual maniera? p. 387.
493. Quando la collazione non può farsi fittiziamente? p. 388.

494. La moglie od i suoi eredi hanno diritto d'esigere la collazione in natura quando debbono esercitare prededuzioni, pag. 388.
495. Quando ciascuno dei coniugi è debitore d'una rivalsa, i due debiti si estinguono per via di compensazione? p. 388.
496. La collazione dei due debiti, in questo caso, può farsi fittiziamente? p. 389.
497. Quando dovrà farsi in natura? p. 389.

§ II. — *Dei compensi dovuti ai coniugi.*

N. 1. — *Delle rivalse.*

498. Le rivalse si esercitano per via di prelevamento prima della divisione, p. 390.
499. Quali cose prelevano i coniugi? p. 391.
500. I beni particolari dei coniugi danno luogo ad un vero prelevamento? p. 391.
501. Quando i coniugi possono esercitare le loro rivalse? La moglie può prendere misure conservative durante la comunione? pag. 392.
502. Il coniuge che reclama un compenso deve dimostrare il fondamento della sua domanda. Fa d'uopo distinguere tra il marito e la moglie? p. 393.
503. I compensi producono interessi di pien diritto. Perchè non producono interessi durante la comunione? p. 393.

N. 2. — *Come si esercitano le rivalse?*

504. Su quali beni ed in qual ordine si esercitano le rivalse? Qual è la ragione dell'ordine prescritto dall'art. 1417? p. 394.
505. La moglie ha la scelta degli immobili. Perchè? p. 395.
506. Ha la moglie la scelta degli effetti mobili? p. 396.
507. Ha essa il diritto che le conferisce l'art. 1411 riguardo alle indennità che le sono dovute per cause diverse dall'alienazione dei suoi beni particolari? p. 396.
508. Come si stima il valore degli effetti mobili od immobili che il coniuge preleva? p. 398.
509. L'ordine stabilito dall'art. 1471 pel prelevamento subisce eccezioni? p. 398.
510. Gli eredi della moglie possono esercitare il prelevamento sugli immobili quando il marito ha trascurato di fare inventario dei mobili? p. 399.
511. Il coniuge, creditore d'una prededuzione, può rinunciare al beneficio dell'articolo 1471 e chiedere il pagamento in denaro? pag. 400.
512. Il convenuto può impedire al coniuge creditore d'esercitare il prelevamento in natura offrendogli i denari necessari? p. 401.
513. I coniugi possono, in virtù del contratto di matrimonio, rinunciare al beneficio dell'art. 1471? p. 402.
514. Il debito delle prededuzioni grava indistintamente tutti i beni, pag. 402.

515. La moglie può esercitare le sue prededuzioni sugli immobili della comunione quando il marito ha venduto la sua parte indivisa sopra questi immobili dopo lo scioglimento della comunione? pag. 403.

N. 3. — *Dei privilegi accordati alla moglie per l'esercizio delle sue prededuzioni.*

516. Quali sono i privilegi che ha la moglie per l'esercizio delle sue prededuzioni? Qual'è la ragione di questi privilegi? p. 404.
517. La moglie ha questi privilegi per la prededuzione dei suoi beni particolari quando esistono in natura? p. 405.
518. L'azione di regresso della moglie contro il marito è regolata dal diritto comune, p. 405.
519. La moglie deve fare inventario per godere del beneficio degli articoli 1471 e 1472? p. 406.

N. 4. — *Il marito ha gli stessi privilegi?*

520. Si applica al marito la disposizione dell'art. 1471, relativa all'appropriazione dei beni e l'ordine in cui segue? p. 406.
521. Il marito ha la scelta degli immobili? p. 407.
522. Il marito non ha regresso sui beni particolari della moglie in caso d'insufficienza della comunione. Può egli stipulare questo regresso per contratto di matrimonio? p. 408.
523. Il marito è tenuto di fare inventario per esercitare il suo diritto di prededuzione sugli immobili? p. 409.

N. 5. — *Dei diritti della moglie riguardo ai creditori.*

524. La moglie è preferita, per le sue prededuzioni, al marito comproprietario dei beni comuni, p. 410.
525. Essa ha il medesimo diritto di preferenza riguardo ai creditori particolari del marito, p. 410.
526. Riguardo ai creditori della comunione, essa non ha che un diritto di credito, senza preferenza alcuna, p. 411.
527. Il testo e lo spirito della legge sono in questo senso, p. 411.
528. Tale è altresì la tradizione e tali si mantennero per quarantotto anni la dottrina e la giurisprudenza, p. 413.
529. La nuova giurisprudenza. La sentenza del 1858, p. 414.
530. La moglie ha un privilegio sui mobili? p. 415.
531-532. Esercita essa le sue prededuzioni come proprietaria ed è, a questo titolo, preferita ai creditori della comunione? pag. 415-516.
533. Ha essa un diritto d'esclusione riguardo ai creditori? p. 418.
534. Considerazioni generali sulla prima giurisprudenza della Corte di cassazione, p. 419.

N. 6. — *Natura del diritto di prededuzione.*

1. — *È un diritto mobiliare?*

535. La prededuzione è un diritto mobiliare. Interesse pratico della questione, p. 420.
536. Giurisprudenza più recente. Confutazione dell'antica dottrina, pag. 421.

537. Dottrina e giurisprudenza contrarie, p. 421.
538. Il principio si applica alla moglie che rinuncia, come ad ogni specie di prededuzioni esercitate sulla comunione, p. 422.

II. — *Le prededuzioni sono una dazione in pagamento?*

539. La prededuzione non è una dazione in pagamento. Essa non è traslativa di proprietà, p. 423.
540. Il prelevamento fatto sopra beni immobili deve essere trascritto? pag. 424.
541. I prelevamenti sono soggetti al diritto di mutazione? *Quid* se la moglie abbandona tutta la comunione agli eredi del marito, coll'onere a costoro di pagare le sue prededuzioni? p. 424.
542. *Quid* se la moglie agisce contro il marito in caso d'insufficienza dei beni della comunione? p. 426.

III. — *Dei crediti che l'un coniuge ha contro l'altro.*

543. Questi crediti non sono compensi, p. 426.
544. In quali casi uno dei coniugi diviene creditore dell'altro? p. 426.
545. Quando si può procedere per questi crediti? p. 428.
546. Su quali beni il coniuge creditore può procedere pel proprio credito? p. 429.
547. I crediti dei coniugi non producono interessi, p. 429.
548. *Quid* de' conguagli? p. 430.

APPENDICE.

Del sistema dotale secondo il codice civile italiano, pel prof. *Giovanni Lomonaco*, p. 431.

TITOLO VI.

(Titolo V del codice civile).

Del contratto di matrimonio e dei diritti rispettivi dei coniugi (*continuazione*).

CAPO II.

Del regime della comunione (*continuazione*).

SEZIONE III. — Dell'amministrazione della comunione.

Art. 1. — POTERE DEL MARITO.

§ I. — *Del diritto di disposizione.*

N. 1. — Degli atti a titolo oneroso.

I. — Potere assoluto del marito.

1. Pothier pone il principio in questi termini: « Il marito, siccome capo della comunione, è reputato *solo signore* dei beni della comunione stessa finchè dura, e può disporne a suo talento senza il consenso della moglie ». È la ripetizione del vecchio adagio consuetudinario secondo il quale il marito è signore e padrone della comunione. Pothier aggiunge che avviene così finchè la comunione dura. Quando questa si scioglie, la moglie può accettarla e dividere i beni comuni. In questo senso, Dumoulin diceva che la moglie non è associata, ma che spera di divenirlo (n. 193). Essa lo diviene accettando la comunione. Se vi rinuncia, si reputa come se non fosse mai stata nella comunione. Parimenti si diceva del marito: « Vive come padrone, muore come socio ».

È tale ancora la dottrina del codice? La questione è molto controversa. Dicono alcuni che il marito è sempre signore e padrone (1), altri invece che non è più se non un semplice amministratore (2). Discussione affatto oziosa, perchè il codice determina accuratamente i poteri del marito. Non si può dunque limitarli

(1) AUBRY e RAU, t. VI, p. 325, § 509. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 140, numero 65 *bis* I.

(2) DURANTON, t. XIV, p. 374, n. 271. BUGNET in POTHIER, t. VII, p. 258, nota 1.

pel motivo ch'egli sarebbe un semplice amministratore, come non si può estenderli per la ragione ch'egli è padrone e signore. Tuttavia il linguaggio giuridico deve sempre essere rigorosamente preciso. Il codice non dice che il marito è signore e padrone, ma non lo dichiara neppure un semplice amministratore. Si cita l'art. 1421, il quale comincia così: «Il marito amministra da solo i beni della comunione». Forse che il codice designa il marito come amministratore della comunione? L'art. 1421 continua: «Egli può vendere i beni, alienarli ed ipotecarli senza il concorso della moglie». Può l'amministratore vendere e ipotecare? Codesti diritti spettano soltanto al proprietario, e quindi il marito è padrone. Si può dunque sempre dire, come nell'antico diritto, ch'egli è signore dei beni della comunione. La legge limita i suoi poteri solo in quanto concerne il diritto di disporre a titolo gratuito. Sotto questo rapporto il codice deroga all'antico diritto (art. 1422), ma la derogazione ha poca importanza. Le donazioni sono assai rare. Vi hanno ben pochi mariti disposti a donare, perchè, impoverendo la comunione, impoveriscono sè stessi. A chi si fanno d'ordinario le donazioni tra vivi? Ai figli, a titolo di dote o di collocamento. Ora, il marito può disporre, a titolo gratuito, dei beni comuni per collocare i figli. La conclusione è dunque che il marito è padrone e signore per gli atti a titolo oneroso, ma non lo è più per gli atti a titolo gratuito.

Anche nell'antico diritto i poteri del marito non erano così assoluti come pareva resultare dalla qualifica di signore e padrone datagli dalle consuetudini. Pothier, dopo aver detto che il marito *è reputato solo signore* dei beni della comunione e che può disporne a suo talento, aggiunge una restrizione, che il marito, cioè, non può far nulla in frode della quota che la moglie o i suoi eredi hanno diritto di ritrarre dalla comunione al scioglimento di questa, e che non può specialmente avvantaggiarsene in loro danno (1). Ciò dimostra che il marito è ad un tempo padrone e socio. Come padrone, dispone dei beni; come socio, non può disporne in suo vantaggio a danno dell'altro socio.

2. Il marito può vendere ed alienare i beni della comunione senza il concorso della moglie (art. 1421). La legge esprime l'identico concetto con due termini sinonimi. Vendere equivale ad alienare. Bastava dunque la parola *alienare*. Se il codice dice *vendere e alienare*, lo fa, senza dubbio, per indicare la pienezza della facoltà di disporre che spetta al marito. Questa facoltà va però soggetta ad una eccezione, secondo la giurisprudenza. La madre e l'ava donano i loro ritratti alla rispettiva figlia e nipote maritata sotto il regime della comunione. Dopo la loro morte il marito s'impegna, senza il concorso della moglie, a restituire i

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 467.

ritratti al suocero. Ne aveva il diritto? La Corte di Parigi ha giudicato che il marito non poteva, in tale qualità, obbligare la moglie a restituire i ritratti in controversia (1). A rigor di diritto, è difficile giustificare questa decisione. I mobili presenti e futuri della moglie entrano nella comunione e quindi anche i ritratti di famiglia che le appartengono. Si legge nella sentenza che una tale proprietà, affatto personale per sua natura, non potrebbe andare soggetta senza restrizione nemmeno all'applicazione delle regole relative ai diritti del maritto sugli oggetti mobili appartenenti alla moglie nella comunione di beni. Ciò è troppo vago. La Corte fa dei ritratti di famiglia una proprietà a parte, senza che si sappia che cosa è questa proprietà speciale. Vi era un altro motivo per decidere come ha fatto la Corte di Parigi. I mobili donati ad uno dei coniugi cadono nella comunione, ma il donante può volere il contrario. È necessario che esprima questo opposto volere quando si tratta di ritratti di famiglia? L'art. 1401 suppone che le cose donate abbiano un valore pecuniario, mentre i ritratti di famiglia hanno soltanto un valore d'affezione. Ciò equivale a dire che la volontà contraria richiesta dalla legge, in questo caso, risulta dalla natura stessa della cosa donata.

3. Noi manteniamo dunque la regola secondo i termini assoluti dell'art. 1421. A titolo oneroso, il marito può alienare come crede e sotto quelle condizioni che vuole. Egli può dunque vendere i beni riservandosene l'usufrutto. In questo caso vende la nuda proprietà. Ora, nessuna disposizione di legge vieta al marito d'alienare la nuda proprietà a titolo oneroso. L'art. 1422, che permette al marito di disporre a titolo gratuito degli oggetti mobili della comunione, vi aggiunge questa restrizione: « Purchè non se ne riservi l'usufrutto ». Questa restrizione è estranea agli atti a titolo oneroso. Nella specie, il marito non dona, ma vende la nuda proprietà. Avanti la Corte d'Orleans si è invocato contro il marito l'art. 918 il quale considera come donazione la vendita con riserva d'usufrutto fatta ad un successibile in linea diretta. Ecco un curioso esempio di quanto si vede troppo sovente nella pratica. Si fa una strana confusione di tutte le norme, di tutti i principii, senza tener conto nè del testo nè dello spirito della legge. Basta leggere l'articolo 918 per convincersi che esso non ha nulla di comune coll'art. 1422. La Corte ha fatto giustizia di tale uniforme congerie (2).

Quale effetto avrà, si domanda, la riserva d'usufrutto stipulata dal marito a proprio vantaggio? È certo che questo usufrutto non sarà un bene proprio pel marito, giacchè il marito non può servirsi dei beni della comunione nel suo interesse, per

---

(1) Parigi, 29 marzo 1873 (DALLOZ, 1874, 2, 129).
(2) Orleans, 14 maggio 1864 (DALLOZ, 1864, 2, 172).

costituirsi beni proprii. Tutto ciò ch'egli acquista diviene acquisto della comunione. L'usufrutto apparterrà dunque alla comunione, vale a dire ai due coniugi, e non si estinguerà che alla morte di entrambi (1).

4. Così pure il marito potrà alienare mediante una rendita vitalizia. Questo punto venne contestato, ma la giurisprudenza si è pronunciata in favore del marito. Il suo diritto non è dubbio. Egli ha assoluta facoltà di vendere e d'alienare, e quindi può farlo sotto quelle condizioni che crede. È vero che si tratta d'una vendita a fondo perduto, ma il marito non ha diritto di perdere i beni comuni? Nella specie, vi ha piuttosto contratto aleatorio che perdita, potendo le eventualità tornare tanto a vantaggio della comunione quanto a danno della medesima (2).

Quale sarà l'effetto della costituzione di rendita? Bisogna vedere a favore di chi la rendita sia stata costituita. A termini dell'art. 1971, la rendita vitalizia può essere costituita sia in testa a colui che ne fornisce il prezzo, sia in testa ad un terzo che non ha alcun diritto di goderne. Essa può, dice l'art. 1972, essere costituita in testa ad una o più persone. Se la rendita è stata costituita in testa ad entrambi i coniugi, si trasmette, ove un d'essi venga a morire, al superstite, pel totale, se è stata stipulata riversibile per l'intiero, e, in caso contrario, per metà. Se la rendita venne costituita in testa al solo marito, essa s'estingue con lui in caso di premorienza. Ma se sopravvive, avrà egli solo diritto alle annualità? No, perchè il marito non avrà diritto di crearsi dei beni proprii a spese della comunione. È dunque il caso d'applicare la restrizione di Pothier. Il marito non può mai avvantaggiarsi a spese della comunione. La rendita vitalizia costituisce il prezzo d'un bene di comunione; quindi appartiene alla comunione e deve essere divisa come tutti gli altri beni comuni (3).

Può presentarsi anche un'altra ipotesi. I due coniugi vendono insieme per una rendita vitalizia con clausola di riversibilità a vantaggio del superstite. Abbiamo detto altrove quale sia l'effetto di questa clausola (t. XXI, n. 219).

5. Dal momento che il marito può alienare, ne segue che è proprietario e può fare tutti gli atti per cui la legge esige la capacità d'alienare. L'art. 1421 applica il principio all'ipoteca. Il marito può ipotecare perchè è proprietario. Si dica altrettanto di tutte le altre modificazioni della proprietà, come le servitù, l'enfiteusi, la superficie. A termini dell'art. 2172 (legge ip. art. 100) il rilascio dell'immobile soggetto ad ipoteca può eseguirsi da qualsivoglia terzo possessore il quale abbia la capacità d'alienare. È stato

---

(1) Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 145, n. 66 *bis* VI.

(2) Reims, 16 giugno 1841 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1129).

(3) AUBRY e RAU, t. V, p. 283, nota 9, § 507. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 158, n. 871. Orléans, 28 dicembre 1843, e Parigi, 19 dicembre 1819 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1131). Cfr. t. XXI, n. 218, p. 258.

giudicato, conseguentemente, che il marito può rilasciare l'immobile. Il rilascio conduce all'alienazione. Ora, il marito ha il potere assoluto d'alienare (1). A maggior ragione, solo il marito può fare un'offerta in aumento (2).

6. Se il marito ha il diritto d'alienare senza il concorso della moglie, tanto più ha il diritto d'amministrare da solo come dice l'art. 1421. Bisogna però guardarsi bene dal conchiuderne che il marito sia un semplice amministratore. Chi amministra il patrimonio altrui deve amministrare da buon padre di famiglia, come stabilisce il codice riguardo al tutore (art. 450). Nessuna disposizione di legge dichiara il marito responsabile della sua amministrazione. Bisogna dunque ripetere sotto l'impero del diritto nuovo, ciò che Pothier diceva sotto l'antico: « Il marito può a suo talento perdere i beni della comunione senza esserne contabile. Egli può lasciar estinguere per prescrizione i diritti che dipendono dalla sua comunione, deteriorare gli immobili, rovinare i mobili, uccidere per brutalità cavalli ed altri animali dipendenti dalla comunione, senza essere contabile verso la moglie di tutte queste cose » (3). Diremo più avanti quali siano i diritti della moglie quando il marito abusa del suo potere assoluto.

Pothier dice che il marito non è contabile. Egli vuole intendere con ciò che il marito non è responsabile. La moglie non ha azione contro di lui, come ha azione il minore contro il suo tutore. Il marito usa ed abusa quale signore e padrone. Ma la giurisprudenza ammette che il marito deve render conto delle sue spese se la moglie ha interesse di esigerlo. La moglie domanda la separazione di persona e abbandona il domicilio coniugale. Pronunciata la separazione, si liquida la comunione. La moglie sostiene che il marito ha distratto alcuni effetti della comunione. Essa imputava al marito di avere per le spese non giustificate, distrutto e nascosto i beni della comunione. Il marito rispose che, padrone della comunione, non doveva alcun conto alla moglie per tutto il tempo della comunione. La Corte di Parigi ha giudicato che, se il marito non è responsabile, è però contabile, nel senso che deve, allo scioglimento della comunione, giustificare se non l'utilità o la legittimità, almeno la realtà e l'importanza delle spese fatte. Essa condannò, conseguentemente, il marito ad un compenso di sedicimila lire delle quali non giustificava l'impiego (4).

Questa decisione ci pare contestabile. È molto difficile ammettere che il marito sia contabile, quando la teoria tradizionale, consacrata dal codice, gli dà il diritto di perdere i beni della comunione. È vero che questo potere assoluto soffre al-

---

(1) Bruxelles, 9 floreale anno XIII (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1128).
(2) Parigi, 4 marzo 1815 (DALLOZ, *Contrat de mariage*, n. 1134).
(3) POTHIER, *Della comunione*, n. 470.
(4) Parigi, 19 maggio 1870 (DALLOZ, 1871, 2, 40).

cune restrizioni. Il marito è tenuto ad un compenso quando ha ritratto un profitto personale dai beni della comunione (art. 1437). Ma dovrà dirsi per questo che il marito debba provare di non essersi avvantaggiato a danno della moglie? La legge non lo dichiara. Spetta alla moglie, la quale pretende che il marito sia tenuto a un compenso, il provare ch'egli ha tratto profitto dalla comunione. Il marito non deve dunque giustificare le sue spese. Egli è convenuto, e come tale non ha nulla da dimostrare. Vi è una sentenza della Corte di Liegi in questo senso (1).

7. Il potere assoluto che il marito ha sui beni della comunione è d'ordine pubblico? A termini dell'art. 1388, i coniugi non possono, colle loro convenzioni matrimoniali, derogare ai diritti del marito come *capo*. Noi abbiamo detto quale sia il significato di questa disposizione (nn. 123, 125). Essa non impedisce che il marito possa dare mandato alla moglie d'amministrare la comunione. Soltanto questo mandato non implica che il marito deleghi i suoi poteri. I poteri del marito, come capo della comunione, sono d'ordine pubblico, poichè derivano dalla potestà maritale. Ora, questi poteri non si delegano. Il mandato che il marito dà alla moglie solleva altre difficoltà. Ne riparleremo.

II. — Il potere assoluto del marito e la personificazione della comunione.

8. Abbiamo esaminato la questione della personificazione della comunione dal punto di vista dell'attivo (t. XXI, nn. 210 e 211) e dal punto di vista del passivo (nn. 393, 394). Ci rimane a vedere se la comunione deve essere considerata come una persona morale, in quanto concerne l'amministrazione dei beni comuni. Il potere assoluto del marito assorbe i diritti della moglie, sua associata. Quando un solo dei soci, il marito, è signore e padrone dei beni comuni, non si vede perchè il legislatore creerebbe un ente fittizio distinto dalle persone dei coniugi. La finzione non può sussistere di fronte al potere assoluto del marito. L'art. 1421 dice che il marito ha il potere illimitato di disporre a titolo oneroso. È la vecchia massima consuetudinaria. Disponendo il marito da signore e padrone, è più che inutile immaginare una persona morale in nome della quale il marito agirebbe. Sarebbe come togliere al marito un potere che la legge gli accorda in forza della podestà maritale. Egli non sarebbe signore e padrone, non sarebbe che un semplice amministratore, un gerente. La legge non dice questo, e, secondo la dottrina tradizionale, non poteva dirlo. Ove esiste un padrone assoluto, la finzione non ha più ragion d'essere. Ora, sta il principio che la legge non crea persone civili se non per causa d'utilità, il

(1) Liegi. 19 dicembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 78).

più delle volte di necessità pubblica. Dal punto di vista pratico, la questione è perfettamente oziosa. Che cosa importa che il marito agisca come gerente d'una persona morale o come capo della comunione? Non si cambia nulla nè alla natura nè agli effetti degli atti di disposizione o d'amministrazione ch'egli ha diritto di compiere.

9. La questione della personificazione della comunione non presenta interesse pratico se non quando si tratta di atti a titolo gratuito. A termini dell'articolo 1422, il marito non può disporre d'un bene di comunione a titolo gratuito. Se dona un immobile e, per effetto della divisione, questo immobile sia posto nella sua quota, la donazione sarà valida? Sì, se entrambi i coniugi erano comproprietari per indiviso, giacchè, in questa ipotesi, la divisione retroagisce al giorno dell'acquisto, essendo l'indivisione cominciata da questo giorno. No, se l'immobile apparteneva ad un ente morale. In questa ipotesi il marito avrebbe disposto d'un bene appartenente a un terzo, il che renderebbe l'atto nullo. Il testo del codice non decide direttamente la questione, ma la risolve implicitamente l'art. 1423 in materia di legati. Il marito lega un bene di comunione. Se l'immobile cade nella quota dei suoi eredi, il legato è valido. Ciò implica che la divisione retroagisce al giorno dell'acquisto. Adunque l'immobile non ha mai appartenuto ad un ente morale indipendente dai due coniugi.

La stessa questione si presenta quando il marito e la moglie donano insieme un bene di comunione. Diremo più avanti che la giurisprudenza ammette generalmente la validità di questa donazione, il che suppone che i due coniugi siano comproprietari per indiviso, e l'art. 1423, testè citato, prova che tale è la teoria del codice (1).

N. 2. — Degli atti a titolo gratuito.

I. — Donazioni tra vivi.

1. — Ciò che il marito può donare.

10. L'art. 1422 assoggetta ad importanti restrizioni il diritto del marito di disporre a titolo gratuito. Ne risulta che di regola generale il marito non può disporre a titolo gratuito degli effetti della comunione se non per eccezione. Così egli non può donare immobili della comunione, nè l'universalità od una parte dei mobili. Egli non può donare che effetti mobili a titolo particolare. Il codice civile deroga, sotto questo rapporto, all'antico diritto. Secondo la consuetudine di Parigi (art. 225), il marito poteva disporre, senza il concorso della moglie, degli immobili

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 44, n. 18 *bis* VII, IX e X.

comuni « per donazione o altra disposizione tra vivi, a suo piacere e volontà, a persona capace e senza frode ». Tal era il diritto comune dei paesi consuetudinari. Si ammettevano però delle eccezioni. Alcune consuetudini non consideravano il marito che come semplice amministratore e non gli permettevano, per conseguenza, di donare tra vivi (1). Il codice fa di questa eccezione una regola. Già nell'antico diritto il potere del marito di disporre a titolo gratuito era stato censurato come contrario all'essenza della società che esiste fra i coniugi, sia per la consuetudine, sia per la convenzione delle parti. Il marito, dice Ferrière, può essere padrone dei beni della comunione come capo, per amministrarli e non per perderli premeditatamente, perchè *donare è perdere*. L'amministrazione rende talvolta necessarie le alienazioni, ma non dovrebbero essere permesse le donazioni tra vivi senza causa a pregiudizio del diritto che la moglie avrà sui beni della comunione quando sarà da essa accettata (2). La censura era giusta. Gli autori del codice ne hanno tenuto conto. Si legge nel discorso di Simeon, l'oratore del Tribunato: « Quando il marito ipoteca o aliena si presume che lo faccia per bisogno. Egli riceve un prestito o il prezzo d'una vendita, e si crede che ne farà un utile impiego. Ipotecare, vendere, è amministrare (nel più largo senso della parola), ma donare, sotto certi rapporti, significa perdere. La disposizione a titolo gratuito eccede i poteri dell'amministrazione, perchè *amministrazione* e *conservazione* sono termini correlativi, e se l'amministrazione esige dei sacrifici, essi devono avere un compenso che la disposizione a titolo gratuito non può dare » (3).

11. Anche il sistema del codice non va immune da critiche. Esso ha innovato, ma gli si rimprovera che l'innovazione non è abbastanza radicale. Esso permette al marito di donare degli effetti mobili, il che comprende il danaro (4), ma gli proibisce di donare un immobile. Il marito può donare centomila lire, ma non può donare una miserabile bicocca di cento franchi. È ciò razionale? Pur allontanandosi dalla tradizione, gli autori del codice sono rimasti sotto l'influenza delle idee tradizionali. Non può spiegarsi diversamente la differenza ch'essi fanno fra i mobili e gli immobili. Certo nessuno dirà al giorno d'oggi con d'Argentré che un valore mobiliare di centomila lire sia una cosa vile, e che il possesso d'un immobile, per quanto modico ne sia il valore, è cosa più preziosa.

L'art. 1422 proibisce al marito di donare l'universalità od una parte dei mobili, e parla di disposizioni tra vivi. Qui ab-

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, nn. 471 e 472.

(2) FERRIÈRE, *Consuetudine di Parigi*, t. III, p. 222, n. 1 (glossa III sull'articolo 225).

(3) SIMÉON, *Discorsi*, n. 29 (LOCRÉ, t. VI, p. 463). Cfr. TROPLONG, t. I, p. 277, n. 885.

(4) Parigi, 23 novembre 1861 (DALLOZ, 1862, 2, 206).

biamo anzitutto una contraddizione in termini. Non si può donare tra vivi l'universalità dei mobili. Quand'anche il donante donasse tutti i mobili che possiede, non si avrebbe che una donazione di beni particolari che il marito è libero di fare secondo l'art. 1422 (1). Perchè vi sia donazione universale o a titolo universale, bisogna supporre che il marito faccia una istituzione contrattuale, vale a dire una donazione di beni futuri (2). Questa interpretazione, la sola ammissibile, conduce ad una nuova anomalia. Il marito che dona tutti o parte dei mobili che lascierà alla sua morte non se ne spoglia. Attualmente, la comunione resta proprietaria, e quindi la disposizione è nulla, mentre la donazione tra i vivi spoglia il donante attualmente e irrevocabilmente. Così il marito può donare dei valori in contanti o in obbligazione e azioni per centomila lire, può esaurire la comunione con doni particolari, e non gli si permette di donare una piccola parte dei mobili per istituzione contrattuale. Gli è permesso di spogliare sè e la comunione, non gli è lecito di fare una liberalità la quale non spogli la comunione. Si può rispondere che il marito sarebbe più disposto a fare una liberalità la quale non gli toglie nè il godimento della cosa, nè il diritto d'alienarla, anzichè una liberalità colla quale si priva attualmente della cosa che dona. È vero, ma noi dubitiamo che gli scrittori del codice abbiano inteso la cosa in questo modo. Essi non hanno parlato che delle donazioni tra vivi e per questa donazione intendono una donazione attuale, di beni presenti. Se avessero pensato all'istituzione contrattuale, avrebbero tolto dall'art. 1083 una disposizione più razionale che non sia quella dell'art. 1422, permettendo al marito di disporre, a titolo gratuito, soltanto di somme modiche, per compensi o altrimenti (3).

12. L'art. 1422, pur permettendo al marito di disporre a titolo gratuito degli effetti mobili, vi aggiunge una restrizione: « Purchè non se ne riservi l'usufrutto ». A primo aspetto sembra una cosa singolare il permettere al marito di donare degli effetti mobili in piena proprietà e vietargli di donare la nuda proprietà. Ciò prova che non è sempre vero il detto: chi può il più può il meno. L'anomalia non è, del resto, che apparente. Chi dona spoglia sè stesso. In questo senso, i giureconsulti romani dicevano che *donare* è *perdere*. Se dunque il marito vuol donare degli effetti della comunione bisogna che li doni in modo da spogliarsene, vale a dire che faccia una donazione in piena proprietà. Se donasse riservandosi l'usufrutto, non si priverebbe di nulla e spoglierebbe la moglie. La legge non ha potuto au-

(1) Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di Gand, 24 marzo 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 73). La Corte ha mal giudicato. Vedi la requisitoria dell'avvocato generale De Bovoy (*ibid.*, p. 74).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 143, n. 66 *bis* II.

(3) Cfr. Mourlon, t. III, p. 51, nn. 126-128. Toullier, t. VI, 2, p. 275, n. 311.

torizzare una simile liberalità, quando è fatta da un socio a spese dell'altro.

13. L'art. 1422 fa un'eccezione alla regola che vieta al marito di disporre a titolo gratuito degli immobili e della universalità dei mobili. Egli può donare i beni della comunione ai figli comuni per il loro *collocamento*. Che cosa s'intende per *collocamento?* Questa parola ha un valore tecnico in diritto. Per essa s'intende non solo un collocamento per matrimonio, ma anche un collocamento industriale o commerciale. È in questo senso che l'art. 204 dice che il figlio non ha azione verso il padre e la madre per obbligarli a fargli *un assegnamento per causa di matrimonio, o per qualunque altro titolo.* Ma se il padre e la madre non sono obbligati civilmente a fare un assegnamento ai loro figli, vi sono tenuti in virtù d'una obbligazione naturale (t. XVII, n. 18). Il padre, facendo un assegnamento a un figlio nato dal matrimonio contrae dunque un debito che è comune alla moglie. È giusto che un debito comune ad entrambi i coniugi sia sopportato dalla comunione, poichè la società dei beni formata dai coniugi ha per oggetto di provvedere alle spese comuni. È nello stesso senso che la legge si serve della parola *collocamento* nell'art. 1427, ed è per un identico motivo ch'essa permette alla moglie d'obbligare la comunione in caso d'assenza del marito quando si tratta di fare un assegnamento a un figlio comune (1).

14. L'eccezione ha dato luogo ad alcune difficoltà. Si domanda anzitutto se il marito potrebbe disporre di tutti i beni della comunione pel collocamento di un figlio comune. La Corte di cassazione ha risolta la questione in senso affermativo, e noi crediamo che abbia giudicato correttamente. A parer nostro, la lettera non lascia alcun dubbio, il che è decisivo. L'art. 1422 comincia col dire che il marito non può disporre a titolo gratuito degli *immobili della comunione* nè della *universalità dei mobili.* Ecco la regola. Quale ne è la portata? Non vi ha alcun dubbio quanto ai mobili. Per ciò che concerne gli immobili, il divieto della legge è assoluto. Esso comprende non solo l'universalità degli immobili, ma anche gli immobili particolari. Ecco perchè la legge dice in termini generali che il marito non può disporre degli *immobili della comunione.* A questo divieto la legge fa un'eccezione. Essendo il divieto assoluto, anche l'eccezione è assoluta, ossia il marito può donare ai figli comuni tutto ciò che gli è vietato, in generale, di donare, e, per conseguenza, può donare tutta la comunione. La Corte di cassazione invoca anche l'art. 1423, a termini del quale la donazione testamentaria fatta dal marito non può eccedere *la sua parte* nella comunione; dal che si deve indurre che le donazioni tra vivi possano comprendere tutta la comunione, a vantaggio, ben inteso,

---

(1) TROPLONG, t. I, p. 280, nn. 896 e 897, e tutti gli scrittori.

dei figli comuni. Ecco, a dir vero, un argomento tratto dal silenzio della legge, ma è in armonia colla disposizione dell'art. 1422. I due articoli che si susseguono non formano che una sola e medesima disposizione la quale ha per oggetto di determinare ciò che il marito può dare a titolo gratuito. La legge distingue. Per testamento, il marito non può donare che ciò che gli appartiene alla sua morte, vale a dire la metà della comunione. Tra vivi, egli può donare ai figli comuni gli immobili e l'universalità dei mobili, e quindi tutta la comunione (1).

15. Gli scrittori approvano, in generale, la decisione che abbiamo esaminata, ma vi aggiungono alcune restrizioni le quali sollevano nuove difficoltà. Troplong dice di dividere pienamente il parere della Corte di cassazione. Il marito può donare tutta la comunione a un figlio a titolo di dote. Ma se la moglie non ha un patrimonio personale, se il marito la lascia ingiustamente senza risorse e la pone in una dipendenza degradante in confronto dei suoi figli, allora è *equo* venire in suo soccorso e *ridurre* una donazione la quale reca i caratteri della mala fede e della *frode*. Troplong conchiude che la moglie avrà diritto ad un *compenso* e che potrà pretendere una *divisione* (2). Riferiamo questa strana opinione per dare un'idea del sistema d'uno scrittore il quale non ha alcun principio certo e che, sopra l'identica questione, dice le cose le più contraddittorie. Mettiamo anzitutto da parte l'*equità* invocata da Troplong. Egli stesso si fonda sopra un principio giuridico, quello, cioè, che vieta al marito di frodare i diritti della moglie. Ritorneremo su questa restrizione del potere del marito. Bisogna scegliere fra il diritto e l'equità. L'equità non autorizza alcuna azione. Bisogna dunque vedere se il diritto permette alla moglie d'agire. A che cosa tende la sua azione? Non lo si sa. Troplong dice che la moglie può domandare la *riduzione* della liberalità eccessiva fatta dal marito. Ove è il testo, ove il principio che autorizza il giudice a ridurre una donazione fatta dal marito nei limiti del suo potere? Dal momento che Troplong riconosce al marito la facoltà di donare tutta la comunione è evidente che si tratta d'una eccezione. Ma vi ha un'eccezione senza legge? Troplong soggiunge che la moglie può domandare una divisione. Che cosa vuol dire? La moglie domanderà la divisione di tutta la comunione? Non è possibile altra divisione. Essa prenderà dunque la metà dei beni. E che cosa diverrà la donazione fatta al figlio? E perchè non gli si darà che la metà quando è donatario di tutto? Potremmo moltiplicare queste domande e la risposta sarebbe sempre la stessa. Il diritto di Troplong è un diritto immaginario. Se ne vuole la prova?

---

(1) Rigetto, 2 gennaio 1844 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1174). In senso contrario, DURANTON, t. XI, n. 281 dell'edizione del 1844.

(2) TROPLONG, t. I, p. 281, nn. 901 e 902.

Troplong dice ancora che la moglie può domandare un *compenso* e che può agirè per *frode*. Il *compenso* non è una *riduzione*, e l'azione per frode tende a far annullare l'atto fraudolento. Ecco dunque che Troplong invoca tre diversi principii. A quale bisognerà attenersi? Non può essere questione di *compenso* dovuto dal marito. Basta leggere l'art. 1437 per convincersene. Ove è il profitto personale che il coniuge ritrae dei beni della comunione donando tutti questi beni a un figlio comune? La domanda non ha senso. Resta la frode. Se il marito ha fatto la donazione in frode della moglie, questa può domandarne l'annullamento. Può dunque esservi nullità, ma non può parlarsi nè di compenso nè di riduzione.

16. La Corte di cassazione, nella sentenza che ha dato luogo a queste controversie, decide che il marito può donare tutta la comunione per istituzione contrattuale. Marcadé combatte questo punto. Secondo lui, il marito può disporre della comunione soltanto per donazione tra vivi. Quanto alla donazione di beni futuri, va assimilata ad un legato, poichè, al pari del legato, essa non ha effetto che alla morte del disponente. Anche Zachariae insegna che bisogna applicare all'istituzione contrattuale, non l'art. 1422 relativo alle donazioni, ma l'art. 1423 relativo ai legati (1). Noi crediamo che il testo della legge resiste a questa interpretazione. Può il marito disporre a titolo gratuito dei beni della comunione? Ecco la questione alla quale il codice risponde negli articoli 1422 e 1423. Esso distingue le donazioni tra vivi dalle donazioni testamentarie. In quale categoria devesi porre l'istituzione contrattuale? Essa non è un legato e quindi l'art. 1423 non è applicabile. È una donazione tra vivi, nel senso che il donante investe attualmente e irrevocabilmente il donatario della qualità d'erede. Ciò risolve già la questione. Non basta. L'art. 1422 comprende implicitamente la donazione di beni futuri. Noi lo abbiamo già avvertito (n. 11). La legge proibisce al marito di disporre della universalità dei mobili. Ora, è impossibile fare una simile disposizione se non per istituzione contrattuale. Non si può donare a titolo universale con una donazione ordinaria. È quello che abbiamo dimostrato al titolo delle *Donazioni* (t. XII, n. 399). Il testo della legge risolve dunque la questione. Si pretende che la donazione della comunione fatta per istituzione contrattuale sia ineseguibile. Supponiamo che la comunione si sciolga e che il marito sopravviva. A chi passeranno i beni? Il donatario non può raccoglierli, poichè egli non prende i beni che alla morte del donante. Quanto al marito, egli non può raccogliere che la metà dei beni, e la moglie non può nulla reclamare, poichè tutta la comunione è stata donata al figlio. L'obbiezione non ci

(1) MARCADÉ, t. V, p. 530, n. III dell'art. 1423. ZACHARIAE, edizione di MASSÉ e VERGÉ, t. IV, p. 90, nota 9, e p. 92, nota 12.

pare seria. L'istituzione contrattuale non è aperta, e quindi i beni donati si divideranno secondo il diritto comune. Se il marito può prendere la metà come donante, anche la moglie può prendere la metà allo stesso titolo, poichè, quando la moglie accetta la comunione, si ritiene che abbia concorso a tutti gli atti del marito, e che quindi abbia donato con lui.

17. Secondo la nostra opinione, il marito gode d'una libertà assoluta di disporre dei beni della comunione per il collocamento dei figli comuni. Se ne dovrà conchiudere che il marito può dispensare il figlio donatario dalla eventuale collazione dei beni donati alla successione della madre? Abbiamo detto più sopra che i beni donati dal marito come capo della comunione devono essere conferiti alla successione materna, per una metà, quando la madre accetta la comunione. Infatti, accettando, essa diviene donatrice. È dunque il caso d'applicare il principio in virtù del quale la collazione si fa alla successione del donante. Si dirà che la moglie, accettando, s'appropria la donazione quale è stata fatta, vale a dire con dispensa dalla collazione? Vi ha un motivo di dubitare. Per principio si ritiene che la moglie la quale accetta abbia contrattato insieme col marito ed abbia, per conseguenza, acconsentito a tutte le clausole del contratto. Si applica questo principio alla dispensa dalla collazione? La Corte di Douai ha giudicato la questione negativamente, e noi crediamo ch'essa abbia rettamente deciso (1). Chi dispensa dalla collazione dona sulla parte disponibile, e quindi si priva della facoltà di fare delle liberalità fino a concorrenza dei beni donati. Occorre all'uopo la volontà del donante. Il marito può bensì dispensare dalla collazione per quanto lo riguarda, ma non può rinunciare ad un diritto che appartiene alla moglie. Quanto all'accettazione di questa, essa non cade che sulla donazione che si appropria per metà. La moglie non si appropria una dispensa dalla collazione, dispensa che è personalissima al marito. Il marito ha dispensato dalla collazione come donante. Ora, per effetto dell'accettazione della moglie, egli non è donante che per metà. La dispensa dalla collazione non può dunque valere che per questa metà.

18. Abbiamo esposto la teoria del codice secondo il testo e lo spirito della legge. La teoria si presta a molte critiche. Ma se la legge è cattiva, non spetta all'interprete correggerla. Eppure la giurisprudenza s'è messa per questa via. Ma per tal modo essa fa la legge, e l'interprete non ha questo diritto. Il marito dona degli effetti mobili della comunione a titolo gratuito. È stato giudicato che la donazione è nulla se comprende la maggior parte della comunione. Nella specie, il dono manuale ammontava a nove sedicesimi dell'attivo mobiliare della comunione. La Corte di Rouen l'annullò. Essa si fonda sullo

(1) Douai, 26 gennaio 1861 (DALLOZ, 1861, 2, 235).

spirito della legge. Perchè il codice non permette al marito di disporre a titolo universale? Perchè, quando dispone a titolo particolare, gli è vietato di riservarsi l'usufrutto? La legge vuole limitare ed intralciare la facoltà di disporre nell'interesse della moglie. Dunque non si può permettere al marito di disporre d'una massa d'effetti mobili sotto l'apparenza d'una disposizione a titolo particolare. La legge proibisce al marito di disporre d'un decimo dei mobili a titolo universale, e gli si permetterà di disporre dei nove decimi a titolo particolare? È assurdo. La Corte ne conchiude che il marito non può donare più della metà dei beni (1). Domanderemo alla Corte in forza di qual legge o di qual principio essa limita il diritto di disporre, a titolo particolare, alla metà piuttosto che a un terzo o ad un quarto. Spetta al giudice fissare un limite arbitrario oltre il quale la donazione sarà nulla? La taccia d'assurdità va rivolta al legislatore, non a noi. Come mai la Corte non si è accorta che la sua decisione va soggetta alla stessa taccia? Il marito non può donare un decimo a titolo universale, e può donare una metà a titolo particolare! Non vi ha che un solo mezzo legale per impugnare le donazioni eccessive, provare, cioè, che il marito le ha fatte in frode dei diritti della moglie. La Corte di Rouen invoca la frode. Ecco un principio, ma questo principio non ha nulla di comune col valore dei beni donati. Ritorneremo sulla questione.

2. — Delle donazioni che eccedono il limite legale.

19. L'art. 1422 vieta al marito di donare immobili della comunione od una universalità di mobili, e gli vieta di disporre degli effetti mobili a titolo particolare riservandosene l'usufrutto. La legge non pronuncia la nullità delle donazioni che eccedono questi limiti. Tuttavia la giurisprudenza e la dottrina le ritengono nulle. La disposizione è concepita in termini proibitivi, ed ha per oggetto di tutelare i diritti della moglie contro l'abuso del potere del marito. È il caso d'applicare il principio che il divieto implica nullità e che la nullità è virtuale quando è stata violata una disposizione essenziale della legge (t I., nn. 67 e 68).

20. Quale è il carattere di questa nullità? Anche su questo punto non potrebbe esservi dubbio. La disposizione che limita il diritto del marito di disporre a titolo gratuito non è fondata sopra una sua incapacità, nè sulla indisponibilità dei beni. L'unico scopo della legge è di tutelare i diritti della moglie. Dunque la nullità non è stabilita che nel suo interesse, ed è,

---

(1) Rouen, 25 gennaio 1860 (Dalloz, 1861, 5, 86). Nello stesso senso, Tolosa, 22 luglio 1865 (Dalloz, 1865, 2, 162).

per sua natura, relativa. Era così anche nell'antico diritto. Le testimonianze abbondano. Ci contenteremo di citare Renusson: « La donazione non potrà aver valore in danno della moglie, ma, astrazione fatta dall'interesse della moglie. la donazione non cesserà di aver valore e di produrre il suo effetto ». (1) Ma la donazione è nulla di diritto, in questo senso che il giudice deve pronunciarne la nullità quando la moglie la domanda, per il fatto solo che il marito ha oltrepassato i limiti della legge, *poichè la donazione* è nulla per violazione della legge (2).

21. Fin qui tutti sono d'accordo. Si deve dai principii che abbiamo formulato conchiudere che la moglie può rinunciare al diritto, il quale non è stato stabilito dalla legge che in suo favore, concorrendo col marito nell'atto di donazione? Questa questione è molto controversa, e vi hanno serii motivi di dubbio. La maggior parte degli scrittori si sono pronunciati per la validità della donazione fatta col concorso della moglie, e la giurisprudenza ha consacrato questa opinione. Noi preferiamo l'opinione contraria, senza però accettare i motivi che si fanno valere per sostenere la nullità della donazione.

Concorrere nella donazione è donare. Poco importa che la moglie si limiti a consentire alla donazione rinunciando anticipatamente al diritto che avrebbe di domandarne la nullità, o che figuri nell'atto come donatrice. La questione sta dunque nel sapere se la moglie può disporre di un bene della comunione a titolo gratuito col concorso del marito. Noi crediamo che, posta così, la questione deve essere risolta negativamente. Ricordiamo il celebre motto di Dumoulin: « La moglie non è associata, essa spera soltanto di divenirlo », e non lo diviene effettivamente che se accetta la comunione. Essa è associata in teoria, ma, durante la comunione, non ha come tale alcun diritto. Specialmente essa non è comproprietaria, non può disporre a titolo oneroso dei beni comuni, non può nemmeno intervenire nell'amministrazione. La legge dice che il marito *solo* amministra, che egli *solo* vende, alienea ed ipoteca. A maggior ragione non può la moglie disporre a titolo gratuito. Essa non può opporsi a ciò che fa il marito, quand'anche questi donasse tutti gl'immobili della comunione e tutti i mobili. Il suo diritto non s'apre che allo scioglimento della comunione. Può concepirsi che la moglie, la quale durante il matrimonio è estranea alla comunione, esclusa dall'amministrazione, possa approvare ciò che fa il marito concorrendo in una donazione dei beni comuni? Se avesse il diritto d'approvare, dovrebbe avere anche quello di disapprovare e quindi di opporsi a ciò che fa il marito, il che distruggerebbe il regime della comunione nella sua essenza. Concludiamo che il consenso della moglie non ha alcun valore.

---

(1) Renusson, *Della comunione*, I, 6, 8, p. 87.
(2) Mourlon, *Ripetizioni*, t. III, p. 52, n. 129.

A primo aspetto pare naturalissimo che la moglie e il marito, comproprietarii, abbiano il diritto di disporre dei beni che appartengono loro in comune. È facile però convincersi che ciò è legalmente impossibile. Durante la comunione la moglie non è comproprietaria, essa non lo è che in teoria, ma non può fare alcun atto di proprietà. Ora, donare è fare atto da proprietario. Può la moglie donare ciò che appartiene al marito? Donare significa trasmettere la proprietà attualmente, irrevocabilmente. Ma può la moglie trasmettere la proprietà attualmente, mentre non diverrà proprietaria se non nel caso che accetti la comunione? Finchè la comunione dura essa non può accettarla. Essa non è dunque proprietaria, e quindi non può donare. Che dire dell'irrevocabilità della donazione che la moglie facesse per la sua parte nella comunione? La moglie concorre oggi nella donazione, domani si scioglie la comunione e la moglie vi rinuncia. Rinunciando essa perde ogni diritto sulla comunione, e si ritiene che non sia mai stata nè associata nè comproprietaria. Che cosa è dunque il suo concorso nella donazione? Un atto senza valore, perchè non si sa se la moglie ha il diritto di concorrervi. Si dirà che il suo concorso è condizionale? Sarebbe una condizione potestativa. Ora, non si può donare sotto condizione potestativa. Non ha la moglie il potere assoluto di rinunciare alla comunione? Un diritto che dipende dalla sua accettazione o dalla sua rinuncia dipende dalla volontà, il che è contrario all'essenza della donazione (1).

22. Non mancano le obbiezioni, e sono gravi. Abbiamo anzitutto la tradizione. Pothier è d'accordo con Lebrun nel dire che la donazione dei beni comuni è valida quando vi concorre la moglie. È nell'interesse della moglie che la donazione è nulla. La legge non vuole che il marito, colle sue liberalità, privi la moglie del diritto ch'essa ha nella comunione, dato che l'accetti. Ora, non si può più dire che la moglie è spogliata quando consente alla liberalità, e specialmente quando dona insieme col marito. *Nemo volens fraudatur* (2). Si possono dare molte risposte a questa argomentazione. Essa suppone che la moglie possa rinunciare al diritto che la legge stabilisce in suo favore. Noi crediamo che questa rinuncia sarebbe viziata nella sua essenza. Infatti, gl'impedimenti e i limiti che la legge mette al diritto di disporre a titolo gratuito sono una protezione ch'essa accorda alla moglie contro gli abusi di potere del marito, una garanzia data ad un incapace. Ma possono gl'incapaci rinunciare a garanzie che la legge stabilisce a loro favore in forza della loro incapacità? No certo. La moglie non può rinunciare alla

---

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 166, n. 879. Odier, t. I, p. 216, n. 225. Marcadé, t. V, p. 528, n. II dell'art. 1423. Massé e Vergé su Zachariae, t. IV, p. 90, nota 11.

(2) Pothier, *Della comunione*, n. 494. Lebrun, *Della comunione*, pp. 182 e 183.

sua ipoteca legale. La legge le permette soltanto di rinunciare al beneficio della sua iscrizione a vantaggio d'un terzo. Occorse però una disposizione espressa dalla legge per attribuire alla moglie tale diritto. La legge non consente alla donna di rinunciare alla garanzia dell'articolo 1422, e quindi la sua rinuncia non ha valore. Essa è colpita di nullità pel motivo che tende a togliere alla moglie il diritto eventuale ad essa spettante sui beni donati, mentre lo scopo della legge è stato precisamente d'assicurare questo diritto. Invano Pothier dice: *Volens non fraudatur*. Ciò è verissimo quando chi consente è capace di consentire, ma non è più vero allorquando un incapace rinuncia ad un diritto che la legge gli accorda per proteggerlo contro la sua incapacità. Se si ammette che il consenso della moglie basta per convalidare la donazione, la garanzia dell'articolo 1422 diventa derisoria. Infatti, se la moglie può consentire intervenendo nell'atto, può consentire anche accettando la comunione, perchè l'accettazione vale consenso, ritenendosi che la moglie che accetta sia concorsa in tutti gli atti del marito. Ecco dunque quale sarà la condizione della moglie. Di regola, essa accetta la comunione, perchè, generalmente, ha interesse ad accettare. Ora, se accetta, non potrà domandare la nullità della donazione, poichè, accettando, vi consente. Se invece rinuncia, perde ogni diritto sui beni della comunione e, per conseguenza, non può domandare la nullità della donazione. Dunque, accetti o rinunci, essa non potrà, in veruna ipotesi, chiedere la nullità della donazione. Tanto vale cancellare dal codice l'art. 1422.

Come dunque si può spiegare l'opinione di Pothier? La consuetudine di Parigi dava al marito il diritto di disporre a titolo gratuito dei beni comuni, ma aggiungeva una restrizione al potere assoluto che gli riconosceva: occorreva, cioè, che il marito agisse senza frode. Così, nell'antico diritto, le donazioni erano valide, mentre, secondo il diritto moderno, esse sono nulle. La moglie non poteva domandare la nullità delle donazioni, secondo la consuetudine di Parigi, se non quando la donazione fosse stata fatta in frode dei suoi diritti. Si comprende quindi come non potesse chiederne la nullità quando era concorsa nell'atto. Ricorreva allora l'adagio: *Volens non fraudatur*. Sotto l'impero del codice, al contrario, la moglie può domandare la nullità della donazione pel fatto solo che questa comprenda immobili, od una universalità di mobili, o effetti mobili con riserva d'usufrutto. La situazione è ben diversa. Vi ha una nuova garanzia a favore della moglie, il divieto di disporre a titolo gratuito. Questa garanzia le è accordata per tutelare i suoi diritti, ed essa non può rinunciarvi. Secondo la consuetudine di Parigi, la moglie non aveva alcuna garanzia. Il marito poteva donare e la moglie non aveva che un'azione per frode. Non era dunque lecito invocare, a favore della moglie, il principio che vieta ad un incapace di rinunciare ad una garanzia che la legge gli accorda in forza della di lui incapacità.

23. Tuttavia ci si oppone la consuetudine di Parigi combinata cogli articoli 1421 e 1422. L'obbiezione sarebbe decisiva poichè avrebbe per fondamento il testo della legge. Eccola in tutta la sua forza. La consuetudine di Parigi, dopo aver detto che il marito è signore e padrone della comunione, ne traeva questa conseguenza: « Il marito può vendere i beni della comunione, alienarli o ipotecarli e disporne per donazione di suo pieno arbitrio, *senza il consenso della moglie* ». Gli articol 1421 e 1422 riproducono questo principio, ma limitandolo. A termini dell'art. 1421 « il *solo* marito amministra i beni della comunione. Egli può venderli, alienarli, ipotecarli *senza il concorso della moglie* ». Fin qui il codice riproduce la consuetudine di Parigi. L'art. 1422 vi apporta una modificazione : « Il marito non può disporre degli immobili a titolo gratuito ». *Evidentemente*, si dice, questa disposizione si riferisce al principio stabilito nell'art. 1421, e non è altro che una *modificazione*, apportata al potere spettante al marito, in forza dell'art. 1421, d'alienare da solo e senza il concorso della moglie. Se ne conchiude che l'art. 1422 non ha altro scopo che di togliere al marito il diritto di fare *da solo e senza il concorso della moglie* donazione degli immobili, dell'universalità dei mobili, o degli effetti mobili con riserva d'usufrutto. Adunque col concorso della moglie il marito può fare queste liberalità (1).

Noi crediamo che si venga così ad attribuire agli articoli 1421 e 1422 un valore ben diverso da quello che hanno realmente. La consuetudine di Parigi poneva il principio che il marito è padrone e signore della comunione. In questo senso essa dice che il marito può disporre dei beni della comunione *senza il consenso della moglie*. Il codice civile mantiene questo principio? Sì, per gli atti a titolo oneroso. Ecco perchè l'art. 1421 dice che il marito amministra *da solo* e che può alienare *senza il consenso della moglie*. Ma non è più così per gli atti a titolo gratuito. Il codice pone, al contrario, la massima che il marito non può donare i beni della comunione. Questo nuovo principio non ha nulla di comune colla consuetudine di Parigi, anzi vi deroga. Non si può dunque invocare la consuetudine, nè l'art. 1421 che la riproduce, per interpretare l'art. 1422, il quale dice tutto il contrario di quanto disponeva la consuetudine di Parigi. Da ciò che il codice stabilisce che il marito può disporre a titolo oneroso senza il concorso della moglie, non si può conchiudere che, vietandogli di disporre a titolo gratuito, esso intenda dire che il marito può disporre col concorso della moglie, perchè, quando il codice dispone che il marito può vendere senza il concorso della moglie, intende significare unicamente che il marito è signore e padrone in quanto concerne gli atti a titolo oneroso; e dal fatto ch'egli è padrone e

---

(1) MOURLON, t. II, p. 53, nota (edizione di DEMANGEAT). AUBRY e RAU, t. V, p. 328, nota 14, § 509. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 150, n. 66 *bis* XIII.

signore per vendere non si può conchiudere che gli sia permesso di disporre a titolo gratuito col concorso della moglie. La conseguenza non ha nulla di comune col principio dal quale si pretende dedurla. Tutto ciò che la legge dice può riassumersi in queste due proposizioni. Il marito è signore e padrone in quanto concerne gli atti a titolo oneroso, non lo è per gli atti a titolo gratuito. Quanto alla questione di sapere se il marito può disporre a titolo gratuito, col concorso della moglie, il codice non la decide per la semplice ragione che non la prevede.

24. Ai serii motivi che abbiamo combattuto altri sono stati aggiunti, i quali non sono fatti per dar credito all'opinione prevalente (1). Abbiamo detto che la moglie non può donare nè direttamente nè indirettamente, perchè non è proprietaria. Che risponde Troplong? La moglie può obbligarsi, ed obbliga la comunione quando agisce coll'autorizzazione maritale. Ora, obbligare la comunione equivale a disporne indirettamente. Vi ha in questa risposta una completa confusione dei principii più disparati, poichè sono contraddittorii. Noi discutiamo la questione di sapere se la moglie può *disporre a titolo gratuito* dei beni della comunione e ci si risponde: Sì, perchè può disporne *a titolo oneroso* col consenso del marito. Ora, la legge dichiara che il marito e la moglie autorizzata dal marito possono obbligare la comunione, mentre dice che il marito può disporre a titolo gratuito, e, quanto alla moglie, la legge non ne parla nemmeno. Argomentare dal diritto che la moglie ha di fare, per indurne ch'essa può convalidare col suo consenso ciò che la legge proibisce al marito di fare, è certo uno strano ragionamento!

Troplong soggiunge che, dichiarando che il marito non può donare i beni della comunione col concorso della moglie, si colpiscono questi beni d'una parziale indisponibilità. Anche questo argomento è strano quanto quello cui abbiamo testè risposto. Due persone si associano e mettono certi beni in comune. Il loro scopo è di provvedere ai bisogni della società coniugale e d'accrescere il loro patrimonio per collocare viemmeglio i loro figli. Tale è, in diritto e in fatto, la comunione. Ma che cosa vi ha mai di comune fra questa società di beni e il diritto di disporne a titolo gratuito? I coniugi si associano forse per fare delle liberalità? E perchè non possono fare delle liberalità, si dovrà indurne che i loro beni sono colpiti d'indisponibilità? Essi si associano per *guadagnare,* e si conchiude che sono associati anche per perdere! Lasciamo da parte queste pessime ragioni, e sentiamo ciò che dice la Corte suprema.

25. È la sentenza del 1850 che ha fissato la giurisprudenza. La Corte di cassazione decide che la donazione d'immobili della

(1) TROPLONG, t. I, p. 282, nn. 905 e 906.

comunione, fatta dal marito col concorso della moglie, è valida. Essa dice che la moglie può, coll'autorizzazione del marito, disporre a titolo gratuito dei beni comuni. Noi crediamo che questa sentenza sia una di quelle che, invece d'interpretare la legge, la creano. È un nuovo codice civile, e può anche darsi che sia migliore del codice Napoleone. Ma ciò importa poco: il Magistrato supremo fa quello che non ha diritto di fare. Custode della legge, esso deve mantenerla, buona o cattiva.

La Corte comincia col dire che dai combinati articoli 1421 e 1422 risulta come il divieto di disporre a titolo gratuito non s'applica al caso in cui il marito doni col concorso della moglie. Abbiamo già risposto a questa argomentazione. La Corte aggiunge che la moglie può rinunciare al beneficio del divieto, il quale non è stabilito dalla legge che in suo favore. Qui la Corte non motiva, ma afferma. A nostro avviso, la moglie non può rinunciare ad una garanzia che la legge le accorda in forza della sua incapacità, e crediamo di aver dimostrata questa proposizione.

Viene poi la nuova teoria della comunione che la Corte suprema sostituisce alla teorica legale e tradizionale. La comunione è una società, ma una società affatto eccezionale. Il marito è signore e padrone dei beni comuni a titolo oneroso. Il solo diritto che la legge accorda alla moglie contro il suo potere assoluto si è ch'essa proibisce al marito di disporre dei beni della comunione a titolo gratuito. Del resto la moglie non ha alcun diritto come socia, nè come comproprietaria. Ecco la teoria tradizionale. Dumoulin l'ha riassunta in queste due proposizioni. La moglie non è associata, ma spera di divenirlo, e non lo diviene se non quando accetta la comunione. Il marito è padrone finchè vive, e non diviene associato che alla sua morte. Adunque, durante la comunione, il potere del marito sui beni comuni assorbe i diritti della moglie. Vediamo che cosa diventa questa dottrina secondo la sentenza della Corte suprema.

La Corte comincia coll'affermare tutto il contrario di quanto dicevano Dumoulin e Pothier. Secondo l'art. 1389, la comunione comincia dal giorno del matrimonio. La Corte ne conchiude che da quel giorno nascono i diritti dei coniugi su questa comunione. Senza dubbio, in teoria. Ma, in realtà, quali sono i diritti del marito e quali quelli della moglie? La tradizione e il codice rispondono: Il marito ha tutti i diritti, a tal punto ch'egli è signore e padrone, e la moglie non ne ha alcuno. La Corte dice che se i diritti sono ineguali, non è però men vero che *il marito e la moglie rappresentano soli* la comunione. Ma è questo che dice l'art. 1421? Il *marito solo* amministra, e il *marito* dispone dei beni comuni *senza il consenso della moglie*. Dunque è *il marito solo* che *rappresenta* la comunione, per usare il linguaggio della Corte, che non è quello della legge. La comunione, dice la sentenza, *si riassume in essi soli*. Ecco

un'altra espressione che la legge ignora e che implica un'idea nuova. Bisogna dire, al contrario, colla tradizione e col codice, che la comunione *si riassume nel solo marito.* La moglie non si trova accennata nell'art. 1421 che per essere esclusa da ogni gestione degli interessi comuni. Il principio da cui parte la Corte di cassazione essendo il contrapposto del sistema della legge, deve condurre ad un sistema totalmente diverso da quello del codice. Nulla si oppone, dice la Corte, a che, di *comune accordo,* essi usino *nel modo più assoluto* dei beni che sono loro *proprietà collettiva.* La tradizione dice: Il solo marito è signore e padrone. In questo senso, la moglie non è associata. Che ci si vien dunque a parlare d'*interessi comuni* e di *proprietà collettiva* e del potere *assoluto* dei *due* coniugi di disporne! Non vi ha una sola parola nel codice la quale non sia in opposizione con questa nuova dottrina. Ove esiste comunione vi hanno senza dubbio interessi comuni. Ma come si amministrano? Forse *di comune accordo,* ossia col concorso delle volontà di entrambi i coniugi? Il codice risponde che il *solo* marito amministra e dispone a titolo oneroso. Dunque nessun concorso della moglie per tutta la durata della comunione. La Corte non può negare i testi, ma ne trae una strana conclusione, che il marito, cioè, in forza del suo stesso diritto sovrano, può autorizzare la moglie, nel limite dei suoi *bisogni,* a disporre, salvo compenso, dei beni comuni. La Corte parla di *bisogni* della moglie, e quindi si tratta di atti a titolo oneroso. Il marito può, a termini dell'art. 1419, autorizzare la moglie ad obbligarsi e, in questo caso, la moglie obbliga la comunione. Se la moglie ha ricavato un vantaggio personale dai beni comuni, è tenuta ad un compenso (art. 1437). Ma è a dirsi per questo, come ritiene la Corte, che il marito può autorizzare la moglie a disporre dei beni comuni nel limite dei suoi bisogni? L'art. 1419 fa cadere nella comunione i debiti che la moglie contrae coll'autorizzazione maritale, perchè la legge suppone che questi debiti riguardino la comunione o il marito, il che fa lo stesso. Se la legge supponesse, come suppone la Corte, che le obbligazioni della moglie sono contratte pe' suoi bisogni, anzichè metterle a carico della comunione, le lascerebbe a carico della moglie. È quello che avviene quando il marito ricusa la propria autorizzazione e la moglie si fa autorizzare giudizialmente. Allora essa agisce nell'interesse dei suoi bisogni, ma non obbliga però che i beni propri. Quanto ai compensi di cui parla la Corte suprema, essi non hanno nulla di comune colla nostra questione. Il più delle volte la moglie vi è tenuta senza aver contrattato personalmente, ma solo in conseguenza degli atti del marito che questi fa come amministratore dei beni della moglie. Lasciamoli da parte e ritorniamo alla nostra questione.

Fin qui la Corte non dice nulla delle donazioni che la moglie può fare, secondo il suo sistema, dei beni comuni. Si parla sempre degli atti a titolo oneroso. La moglie, continua la Corte,

può contrattare, e *non si può ammettere* che le sia vietato di chiedere, col consenso del marito, *al fondo comune,* costituito in parte dai suoi contributi e dal prodotto della sua collaborazione, delle *risorse* che le è sempre permesso di prendere sui suoi *beni propri.* Non si può ammettere! Si tratta di sapere ciò che la legge concede. E dove è detto mai che la moglie può *domandare* al *fondo comune* le *risorse* ch'essa ha diritto di *prendere* sui suoi beni propri? Il linguaggio è oscuro e la forma non è certo francese. Che cosa significano le espressioni: prendere delle risorse sui suoi beni propri; *domandare delle risorse al fondo comune?* Se ne potrebbe indurre che la moglie è libera di disporre del patrimonio della comunione come del suo patrimonio proprio, perchè il patrimonio comune è formato in parte dei suoi contributi e della sua collaborazione. L'assimilazione che la Corte fa del *fondo comune* ai *beni propri* della moglie è ancora una volta il contrapposto della legge, perchè la legge dice che la moglie può disporre dei suoi beni propri e che il marito *solo* dispone dei beni comuni. La Corte continua, facendo della teoria: « Non si può ammettere che la legge, la quale lascia alla moglie la disposizione assoluta della sua sostanza personale, si sia mostrata così curante della conservazione dei beni della comunione da colpirli, a riguardo della moglie, d'una specie d'inalienabilità ». Se la moglie può disporre dei suoi beni con autorizzazione, ciò accade per la semplice ragione che è proprietaria, ed uno dei grandi vantaggi del regime della comunione è quello appunto che la moglie può disporre dei suoi beni propri nell'interesse della società che esiste fra lei e il marito. Ma dal poter essa disporre dei suoi beni propri si conchiuderà che debba avere il diritto di disporre dei beni comuni i quali durante la comunione sono patrimonio del marito? Quanto alla pretesa inalienabilità dei beni della comunione, abbiamo già detto che è immaginaria. L'art. 1421 dice che il marito può venderli, alienarli e ipotecarli. La legge gli proibisce di donarli, perchè le società non si contraggono per donare, vale a dire per perdere, ma per guadagnare. La Corte non osa affermare che i beni della comunione sono colpiti d'inalienabilità a riguardo della moglie, ma parla d'una *specie d'inalienabilità.* Ma che cosa vuol dire una *specie d'inalienabilità?* A riguardo della moglie vi ha ben più che una *specie d'inalienabilità.* Bisogna dire chiaro e tondo che vi ha inalienabilità assoluta, nel senso che la moglie non può alienare i beni comuni, per l'eccellente ragione che non ne è proprietaria.

Giungiamo finalmente alle donazioni di cui la sentenza non dice che una sola parola, sebbene siano l'unico oggetto della discussione. La moglie può, dice la Corte, impegnare coi proprii atti la comunione, col consenso del marito. Sì, è la legge che lo dice: « La moglie può anche attingere nel fondo comune, sia pure coll'idea di fare una liberalità, e sotto la sola condizione di pagare

alla comunione un compenso eguale al profitto personale che essa ne avrà ritratto ». Noi diciamo: No, perchè la legge interdice al marito di donare i beni della comunione, e non permette alla moglie di donare ciò che non le appartiene, fosse anche col consenso di colui che ne è proprietario durante il matrimonio. Se la legge permette ai coniugi d'usare dei beni comuni nell'interesse loro proprio, salvo compenso, è per i loro bisogni, per loro utilità, e non per fare delle liberalità. Non si ha che a leggere l'art. 1437 per convincersene (1).

La Corte di cassazione ha persistito nella sua giurisprudenza. Una recente sentenza aggiunge una considerazione sul punto capitale della difficoltà. Può la moglie donare ciò che non le appartiene? Delle due cose l'una, dice la Corte. O si considera la moglie come comproprietaria dei beni durante la comunione, o non le si riconosce che una semplice speranza di divenirlo colla sua accettazione dopo lo scioglimento della comunione. Se è proprietaria, nulla si oppone a che possa alienare un diritto che le sarebbe già fin d'ora acquisito. È il sistema della sentenza del 1850. Se ha soltanto la speranza di divenire proprietaria (ed è questo il sistema tradizionale), nessun principio di diritto s'oppone a che essa rinunci ad una speranza che non ha alcun rapporto coll'ordine pubblico (2). La Corte dice, in altri termini, che essendo il divieto di donare stabilito unicamente nell'interesse della moglie, questa può rinunciarvi, perchè il divieto non è d'ordine pubblico. È quello che noi contestiamo. Se la legge vieta al marito di donare, lo fa per garantire gl'interessi della moglie contro il potere assoluto del marito. Questo potere, che deriva dalla podestà maritale, non è d'ordine pubblico? E la moglie non è posta in uno stato di dipendenza dalla podestà maritale? Ciò è tanto vero che i coniugi non possono, colle loro convenzioni matrimoniali, derogare ai diritti del marito come capo della comunione (art. 1388). Il potere del marito e la dipendenza della moglie sono d'ordine pubblico; il che decide la questione.

Una sentenza più recente ha applicato la dottrina che noi chiamiamo nuova alla donazione che il marito fa d'un credito con riserva d'usufrutto a suo favore. La legge proibisce questa riserva (art. 1422), ma siccome il divieto è stabilito unicamente nell'interesse della moglie, la giurisprudenza ammette che la moglie possa rinunciare ad un diritto introdotto in suo favore (3). La decisione, una volta ammesso il principio, è logica. Noi neghiamo il principio, e quindi dobbiamo respingere la conseguenza. Bisogna aggiungere che le Corti d'appello si sono schierate a favore della dottrina della Corte suprema (4). Tale è pure

(1) Rigetto, 5 febbraio 1850 (Dalloz, 1850, 1, 97).
(2) Rigetto, 31 luglio 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209).
(3) Cassazione, 23 giugno 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).
(4) Vedi le citazioni in Rodière e Pont, t. II, p. 168, nota 2, e in Aubry e Rau, t. V, p. 328, nota 14, § 509.

la giurisprudenza della Corte di Bruxelles (1). Le sentenze favorevoli alla nostra opinione sono anteriori alla giurisprudenza della Corte suprema (2).

26. Ritorniamo all'art. 1422, supponendo una donazione fatta dal marito senza il concorso della moglie. La donazione è nulla, nel senso che non può essere opposta alla moglie. Si domanda quando questa possa far valere la nullità. Può agire durante la comunione? Secondo la nostra opinione, la negativa è evidente. La moglie non ha alcun diritto finchè dura la comunione; essa non è ancora associata, nel senso che la piena podestà del marito assorbe i diritti della moglie. Questa, quantunque associata in teoria, non lo è, realmente, che quando accetta la comunione. Se rinuncia, si considera come se non fosse mai stata in comunione di beni. Donde la conseguenza che la moglie non può invocare la nullità delle donazioni fatte dal marito fuori dei limiti dell'art. 1422, se non nel caso che accetti la comunione. È soltanto allora che ha interesse di agire, perchè il patrimonio comune, del quale percepisce la metà, è diminuito per le illegali liberalità del marito.

Su questo punto tutti sono d'accordo. Però, secondo l'opinione generale, vi ha un motivo di dubitare. Permettendo alla moglie di convalidare la donazione col suo consenso, si dovrebbe logicamente permetterle d'impugnarla quando non ha consentito. Chi può approvare deve avere il diritto di disapprovare. È stato giudicato che la moglie può domandare la nullità della donazione nella quale è concorsa quando l'atto sia viziato da una causa qualunque (3). È questo il diritto comune. Ma se essa può agire durante il matrimonio per impugnare una donazione in cui è parte, quantunque non si sappia se accetterà o se rinuncierà alla comunione, non vi è più ragione di rifiutarle il diritto di agire quando non è stata parte nell'atto. Ecco una difficoltà cui dà luogo l'opinione generale. La rileviamo, perchè è un argomento contro questa opinione (4).

27. I diritti della moglie associata non s'aprono che allo scioglimento della comunione. Essa può accettare o rinunciare. Se rinuncia, perde ogni sorta di diritto sui beni della comunione (art. 1492), e quindi non può più lagnarsi che la comunione sia diminuita per le liberalità del marito. Estranea alla comunione, essa non può più agire come moglie in comunione di beni. Per meglio dire, la rinuncia della moglie ha questo effetto, che si ritiene come se la comunione non sia mai esistita. Tutti i beni che la compongono restano proprietà del marito, e per conseguenza le donazioni da lui fatte dei beni comuni sono pienamente va-

---

(1) Bruxelles, 9 aprile 1852 e 9 marzo 1853 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 273 e 1853, 2, 186).
(2) DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1176.
(3) DURANTON, t. XIV, p. 379, n. 275, e tutti gli scrittori.
(4) Caen, 18 febbraio 1850 (DALLOZ, 1850, 2, 162).

lide, come lo sarebbero le donazioni dei suoi beni personali (1). Accadrebbe lo stesso anche quando i beni provenissero dalla moglie, a titolo sia di contributi, sia della sua collaborazione. Tanto è vero che la moglie non è associata durante la comunione. Essa non lo diviene se non nel caso che l'accetti.

28. Se la moglie l'accetta, ha interesse di agire, e tutte le opinioni ne riconoscono in lei il diritto. Non vi ha alcun dubbio quando si ammetta, come abbiamo insegnato, che il consenso della moglie non convalida la donazione. La sua accettazione non può convalidarla più che il suo concorso nell'atto. Secondo l'opinione generale, al contrario, vi ha una difficoltà molto seria. Accettando, la moglie s'appropria tutti gli atti fatti dal marito, e quindi si ritiene che sia concorsa nella donazione. E come potrà, avendovi consentito, impugnarla? È questo, a nostro avviso, un argomento decisivo contro l'opinione generale. Gli scrittori non vi rispondono, perchè non prevedono la difficoltà.

Quale è l'oggetto dell'azione che la moglie ha diritto d'intentare? Trattasi, realmente, d'un'azione di nullità. La Corte di cassazione la chiama azione revocatoria (2). A noi non piace questo termine, perchè serve a designare l'azione pauliana, e l'azione pauliana differisce grandemente dall'azione spettante alla moglie. La prima è basata sulla frode. L'attore deve provare che l'atto è stato fatto in frode dei suoi diritti, mentre la moglie che domanda la nullità d'una donazione fatta dal marito non ha altro a dimostrare se non che il marito ha donato ciò che non aveva il diritto di donare.

Lo scopo dell'azione è di far ritornare nella massa i beni che ne erano usciti. In questo senso si dice che l'azione della moglie è un'azione di collazione. Come si fa la collazione? In natura, senza alcun dubbio, poichè la collazione è la conseguenza dell'annullamento della donazione. Si ritiene, quanto alla moglie, che il bene donato non sia mai uscito dalla comunione. Se la donazione non fosse ancora compiuta allo scioglimento della comunione, andrebbe compresa nella massa divisibile. Sarebbe inutile, in questo caso, agire coll'azione di nullità. Se il donatario reclamasse la cosa, la moglie respingerebbe l'azione coll'eccezione di nullità. Se la donazione è stata eseguita (e sarà il caso il più frequente), la moglie dovrà domandare la nullità dell'atto. La liberalità sarà annullata nell'interesse della moglie, e la cosa rientrerà nella massa divisibile.

Che la cosa donata si trovi ancora nella massa, o che vi rientri, il risultato è identico La cosa è compresa nella divisione, e, naturalmente, per l'intiero. Per giustificare questa decisione si è invocato l'interesse della moglie. L'interesse non basta per agire, bisogna averne anzitutto il diritto. Ora, il di-

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 177, n. 889.
(2) Cassazione, 14 aprile 1855 (Dalloz, 1855, 1, 373).

ritto della moglie è incontestabile, poichè si fonda sulla violazione della legge. La collazione è una conseguenza della nullità, e l'atto è nullo in tutto e per tutto, perchè il marito ha fatto ciò che non aveva il diritto di fare. Egli non può donare la metà più che non possa donare il tutto (1). Resta a sapersi che cosa diventa la donazione.

29. Se la cosa donata è posta nella quota del marito, la donazione resta valida, e naturalmente per l'intero. Infatti, il marito ha donato il tutto e, nella specie, egli aveva il diritto di donarlo, poichè, per l'effetto retroattivo della divisione, si ritiene ch'egli sia sempre stato proprietario della cosa. Dunque la donazione è valida.

Se la cosa è posta nella quota della moglie, la donazione cade, perchè si ritiene che la moglie ne sia sempre stata proprietaria, mentre al contrario si reputa che il marito non ne abbia mai avuta la proprietà. Dunque la donazione è nulla, anche a riguardo del marito. Questo punto tuttavia è controverso. Vi hanno autori i quali applicano per analogia l'articolo 1423. Quando il marito lega una cosa che cade nella quota della moglie, il legatario ha diritto al compenso del valore totale dell'effetto donato sulla parte degli eredi del marito nella comunione e sui beni personali di quest'ultimo. Che la cosa sia donata o legata, poco importa, si dice; il motivo di decidere è lo stesso. Il marito ha, nell'una e nell'altra ipotesi, disposto di una cosa che non gli appartiene. Se la legge mantiene la liberalità in caso di testamento, deve mantenerla anche in caso di donazione (2). In teoria, è verissimo, non vi ha alcuna ragione di distinguere fra la donazione e il legato, ma, dal punto di vista dei testi e dei principii, rimane un dubbio. La donazione, come il legato o la vendita, d'una cosa altrui è nulla (art. 1599). Solo per eccezione al diritto comune la legge dà effetto al legato che il marito fa d'una cosa della quale si ritiene non abbia mai avuto la proprietà. Si può estendere un'eccezione per analogia? Si creerebbero così delle eccezioni, e il solo legislatore ha questo diritto, poichè creare un'eccezione significa fare la legge. Si è opposta anche un'altra obbiezione all'opinione generale. La donazione è annullata, o non può più essere eseguita. Se il donatario non ha azione secondo l'art. 1423, in forza di qual diritto agirà egli contro gli eredi del donante? Non ci sarebbe che un'azione di garantia. Ma il donante non è tenuto a garantire il donatario contro l'evizione. Se il donatario non può agire nè in forza dell'art. 1423, nè in forza della garantia, non ha alcuna azione e, per conseguenza, la donazione cade (3).

---

(1) Mourlon, t. III, p. 52, n. 130. Rodière e Pont, t. II, p. 177, n. 889. Colmet de Santerre, t. VI, p. 146, n. 66 *bis* VII e VIII.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 330 e nota 16, § 509, e le autorità che citano.

(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n. 66 *bis* IX.

Si osserva, in favore del donatario, che la nullità della donazione è relativa. La moglie sola può invocarla, il marito non ha questo diritto. La donazione essendo valida riguardo al marito, questi deve eseguirla, occorrendo, sui suoi propri beni (1). Noi crediamo che questa sia una falsa applicazione del principio che si invoca. Non è il marito che ha domandato la nullità, ma la moglie. In conseguenza dell'annullamento la cosa è rientrata nella massa divisibile, e, essendo caduta nella quota della moglie, ne risulta che il marito ha donato la cosa altrui. È dunque in conseguenza della retroattività della divisione che la donazione cade. Non vi sarebbe che un mezzo per mantenerla, sostenere, cioè, che il principio della divisione dichiarativa non è applicabile alla specie. L'art. 883 consacra, infatti, una finzione. Questa finzione è estranea alla specie. Essa non è stabilita nell'interesse del donante, ma a favore dei terzi, ai quali, durante l'indivisione, uno dei comproprietari per indiviso ha concesso dei diritti reali sulla cosa. Ci pare di aver risposto all'obbiezione col solo formularla. I due coniugi sono comproprietari, poichè supponiamo che la moglie abbia accettata la comunione. Durante l'indivisione, uno dei comproprietari, il marito, dona un bene comune, un acquisto di comunione; poi, per effetto della divisione, l'immobile cade nella quota della moglie. Non è questo precisamente il caso dell'art. 883? Che importa che uno dei comproprietari doni, venda o ipotechi? Il principio è identico, e s'applica ad ogni concessione di diritti reali, e conseguentemente all'alienazione a titolo gratuito, anche la proprietà essendo un diritto reale, anzi il più considerevole, quello che li comprende tutti. In sostanza, la donazione cade, e il donatario non ha alcuna azione contro il donante o i suoi eredi, a meno che non possa invocare l'art. 1423, il che è molto dubbio (2).

30. Il marito potrebbe domandare la nullità della donazione illegale che ha fatto? È sottinteso ch'egli non può agire come marito, perchè la nullità non è assoluta, ma relativa, potendo invocarla soltanto la moglie. Ma si pretende ch'egli possa agire come capo della comunione. Lo si paragona ad un tutore che potrebbe, in nome del suo pupillo, impugnare gli atti da lui fatti irregolarmente (3). Questo ci pare inammissibile. Il marito non è tutore della moglie; egli non la rappresenta in tutti gli atti civili, ma non fa che amministrare i suoi beni durante la comunione. Ora, noi abbiamo detto che la moglie non può agire durante il matrimonio. Il suo diritto non s'apre che allo scioglimento della comunione, e non le è concesso di agire se

(1) Marcadé, t. V, p. 532, n. V dell'art. 1423.

(2) Vi ha anche un'altra opinione su questa difficile questione, quella di Troplong, t. I, p. 279, n. 89. Essa è stata confutata da Rodière e Pont, t. II, p. 178, n. 889, e da Aubry e Rau, t. V, p. 330, nota 16, § 509.

(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n. 66 *bis* X.

non nel caso che l'accetti. Allora il marito non ha più alcun diritto. Quanto alla comunione, in nome della quale si dà azione al marito, essa è fuori di causa. Infatti, la comunione altro non è che il marito e la moglie associati. Ora, la moglie sola può chiedere la nullità. Il marito, come tale, non ha diritto di agire. Ciò è decisivo.

31. La donazione è nulla quando comprende un immobile della comunione, è nulla quando il marito ha donato l'universalità od una quota parte dei mobili, è nulla infine quando il marito ha disposto di effetti mobili a titolo particolare, riservandosene l'usufrutto. Benchè in tutti questi casi vi sia nullità, gli effetti sono diversi a seconda che la donazione è immobiliare o mobiliare. Quando la donazione ha per oggetto un bene immobile di comunione, l'azione della moglie è immobiliare, ed essa può esercitarla contro i terzi, mentre, se la donazione è mobiliare, la moglie non ha azione contro i terzi, non in forza del principio dell'art. 2279 (la massima che *in fatto di mobili il possesso vale titolo* è fuori di quistione), ma perchè gli oggetti mobili non si trovano nelle mani nè del donatario, nè di un terzo. Se si tratta d'una universalità di mobili, la donazione cade su beni futuri. Per conseguenza essa non produce effetto che alla morte del donante, vale a dire al momento in cui la moglie può opporre la nullità al donatario che domandasse l'esecuzione dell'istituzione contrattuale. E se la donazione d'effetti mobili è stata fatta con riserva d'usufrutto, il donante si troverà egualmente in possesso delle cose donate (1). È una garanzia per la moglie, perchè se essa dovesse agire in rivendicazione contro i terzi, si potrebbe opporle la massima dell'art. 2279.

Il principio che l'azione della moglie è immobiliare quando la donazione ha per oggetto un bene immobile di comunione, ha una conseguenza importante nel caso in cui vi sia un legatario dei mobili. È sottinteso che questo legatario non ha l'azione immobiliare che spettava alla moglie. La Corte di cassazione ha giudicato ch'egli non aveva maggior diritto ai valori mobiliari che fossero stati rimessi alla moglie in pagamento dell'immobile donato. Infatti, il pagamento non muta la natura del diritto. Il diritto essendo immobiliare, il legatario dei mobili non può approfittarne (2).

32. La donazione è nulla quando il marito dona un immobile a un figlio del primo letto? Secondo l'art. 1422, la nullità non è dubbia. La legge dice in termini formali che il marito non può disporre degli immobili della comunione se non per il collocamento dei figli comuni. Ma l'art. 1469 sembra stabilire il contrario. A termini di questa disposizione, il coniuge conferisce

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148 n. 66 *bis* IX.
(2) Rigetto, 16 febbraio 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

le somme che sono state tolte dalla comunione, o il valore dei *beni* ch'egli vi ha presi per dotare un figlio d'un altro letto. Se il coniuge conferisce questi *beni* è segno che la donazione è valida e la legge non distingue fra i beni immobili e i beni mobili. La Corte d'Amiens ne ha conchiuso che l'art. 1469 derogava all'art. 1422. La sentenza è stata cassata. È difficile ammettere che, nell'istesso codice, un articolo deroghi all'altro. Bisogna almeno cercare di conciliarli prima di ammettere la deroga. Ora, nella specie, la conciliazione è possibile. È l'art. 1422 il quale determina ciò che il marito può o non può donare. L'art. 1469 ha unicamente per oggetto di regolare la collazione di ciò che è stato legalmente donato. Dunque bisogna decidere la questione coll'art. 1422 e, per conseguenza, ammettere, colla Corte di cassazione, che la parola *beni* nell'art. 1469 designa, non gli immobili che non è permesso al marito di donare, ma i beni mobili oltre le somme dalla legge accennate, come i valori mobiliari, così numerosi ed importanti nel nostro stato sociale (1)

II. — Dei legati.

33. L'art. 1423 dispone che « la donazione testamentaria fatta dal marito non può eccedere la sua quota nella comunione ». È l'applicazione della massima consuetudinaria che il marito vive come padrone e muore come socio. Il legato non ha effetto che alla morte del testatore. Allora il marito non è più che un socio, e non può quindi disporre che della sua parte nel fondo sociale. La maggior parte delle consuetudini si spiegavano in termini formali (2). Se il marito disponesse più della sua parte di tutta la comunione, o d'una quota parte maggiore della metà, la disposizione non sarebbe nulla. Essa sarebbe, valida se la moglie rinunciasse alla comunione, e riducibile se l'accettasse (3).

La legge non parla della moglie. Durante la comunione, la moglie non ha alcun diritto, ma quando la comunione si scioglie essa diviene associata, e può, per conseguenza, disporre della sua parte. A differenza del marito, essa non può mai disporre di più, perchè il marito, non potendo rinunciare alla comunione, deve necessariamente accettarla e prende sempre la metà ed anche tutta la comunione, nel caso che la moglie vi rinunci.

34. Può il marito disporre per testamento d'un oggetto particolare della comunione? Secondo l'art. 1423, il legato è valido, perchè esso produce sempre il suo effetto. Se la cosa, in seguito

(1) Cassazione, 14 agosto 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 372).
(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 475.
(3) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 180, n. 891.

alla divisione, cade nella quota degli eredi del marito, il legatario può reclamarla in natura. È una conseguenza dei principii che reggono l'indivisione e la divisione. Il marito è comproprietario per indiviso dei beni della comunione, e a questo titolo può disporre d'un bene comune, ma la validità della disposizione dipende dai risultati della divisione. Se la cosa legata cade nella quota dei suoi eredi, il legato è perfettamente valido, poichè il marito avrà disposto d'una cosa di cui si ritiene sia sempre stato proprietario. Al contrario, se l'effetto cade nella quota della moglie, sarà questa che si riterrà esserne sempre stata proprietaria. Che diventa allora il legato? L'art. 1423 risponde: « Il legatario ha diritto al compenso del valore totale dell'effetto donato sulla parte degli eredi del marito nella comunione e sui beni personali di quest'ultimo. « Questa disposizione è difficilissima a spiegarsi. Una cosa è certa, ed è ch'essa deroga all'art. 1021, a termini del quale il legato della cosa altrui è nullo, abbia o non abbia il testatore saputo ch'essa non gli apparteneva. Ora, il marito lega la cosa altrui quando l'effetto cade nella quota della moglie. Egli non ne è mai stato proprietario, mentre la moglie lo fu sempre. Egli lega dunque una cosa che appartiene alla moglie. Il legato dovrebbe essere nullo, secondo l'art. 1021. Perchè la legge gli dà effetto? Gli autori del codice non ce ne hanno detta la ragione. Da qui incertezze o controversie. Gli uni dicono che l'art. 1423 riproduce l'antico diritto il quale convalidava il legato della cosa altrui quando il testatore sapeva di non esserne proprietario. Ora, il marito sa che lega un bene della comunione, sa che la casa legata può cadere nella quota della moglie e che, in questo caso, dispone d'una cosa che non gli appartiene. Se ciò non ostante egli dona, quale può essere la sua intenzione? Che il legatario abbia diritto al valore (1). Questa spiegazione suppone che il legislatore, scrivendo l'art. 1423, avesse dimenticato l'art. 1021, il che non si può ammettere. Bisogna dunque dire che l'art. 1423 contiene un'eccezione al principio dell'art. 1021. Quanto al motivo di questa eccezione, si può indovinarlo. Il marito è signore e padrone della comunione. Legando un oggetto di questa comunione, pare che disponga di una cosa sua. Si deve dunque supporre in lui l'intenzione d'aver fatto una liberalità la quale produca sempre il suo effetto, qualunque sia il risultato della divisione. Ora, egli potrebbe certamente dire che, nel caso in cui la cosa cada nella quota della sua moglie, intende che il legatario abbia diritto al valore. L'art. 1424 intepreta la volontà del marito in questo senso. È sempre una deroga all'art. 1021, ma si fonda sulla probabile intenzione del disponente, ed è questa intenzione dopo tutto, che è decisiva in materia di legati (2).

---

(1) Dalloz, *Raccolta periodiaa*, 1862, 2, 161, nota.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 153, n. 67 *bis* IV.

Diciamo che si può indovinare il motivo dell'art. 1423, ma non bisogna spingersi troppo oltre su questa via. Si è invocato l'art. 1423 per indurne che il legato della cosa altrui è sempre valido quando il testatore ha dovuto necessariamente sapere che la cosa era d'altri (1). Questa dottrina ci pare contraria alla lettera ed allo spirito dell'art. 1021. Il testo respinge la distinzione che vi si vuole introdurre, e lo spirito della legge si oppone a che si resusciti una ricerca d'intenzione che il legislatore ha voluto proscrivere. Vi ha un motivo determinante per rifiutare questa interpretazione, ed è ch'essa si fonda sopra una base di cui non v'ha la più fragile, il significato dell'art. 1423 che si determina indovinando. Si ha un bel dire che il senso d'una legge sembra quello che si suppone essere stato nell'intenzione del legislatore; si avrà sempre un'interpretazione incerta. Bisogna dunque guardarsi dal dedurne delle conseguenze.

35. La discussione cui ci siamo abbandonati non è oziosa. Se è vero che l'art. 1423 costituisce una deroga al principio dell'art. 1021, bisogna conchiuderne che è una disposizione eccezionale, e quindi di rigorosa interpretazione. Ne consegue che non si può estenderlo alla moglie. La legge non parla della moglie, e questa rimane dunque sotto l'impero del diritto comune. Quando essa lega un effetto della comunione, il legato sarà valido se la cosa cadrà nella quota dei suoi eredi, e sarà nullo se la cosa verrà posta nella quota del marito (2).

36. Non bisogna confondere questa questione coll'altra se il legato d'un effetto della comunione fatto dal marito alla moglie sia retto dall'art. 1423. È stato giudicato in senso dell'affermativa, nè vi ha dubbio. Non si tratta, in questo caso, del diritto della moglie, ma del diritto del marito. Ora, la legge dà al marito la facoltà di disporre degli effetti della comunione, senza distinguere a vantaggio di chi disponga. Può dunque disporne a vantaggio della moglie. In un caso giudicato dalla Corte di Bastia la moglie era legataria dell'usufrutto d'un bene di comunione. Cadendo questo immobile nella sua quota, essa aveva diritto ad un compenso pel valore dell'usufrutto fino a concorrenza della porzione appartenente al testatore (3).

Tuttavia il marito, testando sia a profitto della moglie, sia a profitto d'un terzo, può dichiarare che la sua volontà è di non disporre che della sua parte negli oggetti legati. Qual diritto avrà, in questo caso, la moglie? È stato giudicato che la moglie dovesse prelevare il legato prima di ogni divisione. In questo modo essa prende negli oggetti legati la parte che vi aveva il marito, mentre invece, se il marito le legasse tutto l'effetto,

---

(1) Mourlon, t. III, p. 56, nota. In senso contrario, Colmet de Santerre, t. VI, p. 152, n. 67 *bis* IV.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 330, nota 17, § 509. Colmet de Santerre, t. VI, p. 153, n. 67 *bis* V. In senso contrario, Duranton, t. IX, n. 250.

(3) Bastia, 26 febbraio 1840 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1189).

come suppone l'art. 1423, la moglie legataria potrebbe anzitutto domandare la divisione, poi reclamare contro gli eredi del marito, sia gli oggetti legati se vi sono caduti in natura, sia il loro valore se sono stati messi nella sua quota (1).

37. L'art. 1423 suppone che il marito leghi un effetto della comunione durante la società coniugale. Quando la comunione sia sciolta, si rientra sotto l'impero del diritto comune. Il marito non può più disporre che a titolo di comproprietario per indiviso dei beni compresi nella massa. Egli è dunque soggetto alla regola della divisione dichiarativa. La disposizione sarà valida o nulla, secondo che la cosa cadrà nella quota dei suoi eredi o nella quota della moglie. È l'applicazione letterale dell'art. 1021 combinato coll'art. 1423 (2). Qui torna da capo la questione sullo spirito della legge. Se l'art. 1423 fosse una disposizione di principio, come si pretende, si dovrebbe applicarlo per via d'interpretazione estensiva, mentre una simile interpretazione è impossibile quando si consideri l'art. 1423 come una eccezione. Noi abbiamo detto testè (n. 34) che a nostro avviso il carattere eccezionale di questa disposizione non è dubbio.

N. 3. — Restrizioni al potere del marito.

38. Il potere del marito era più esteso sotto l'antico diritto che sotto l'impero del codice civile. Egli era, letteralmente, signore e padrone. Però le consuetudini facevano una importantissima restrizione a questa autorità assoluta. Dopo aver detto che il marito è signore, la consuetudine di Parigi soggiunge (art. 225): « In modo tale ch'egli può vendere i beni della comunione, alienarli o ipotecarli, e farne o disporne, per donazione o altra disposizione tra vivi, come gli pare e piace, senza il consenso della moglie, a persona capace, ma *senza frode* ». Senza *frode!* Queste parole non sono riportate negli articoli 1421 e 1422. Potrà quindi l'autorità del marito giungere fino a disporre dei beni comuni in frode dei diritti della moglie? Il diritto e la morale protestano contro una simile interpretazione. È vero che il marito è *signore*, ma lo era molto più sotto l'antico diritto che nel diritto moderno, eppure si faceva eccezione per la frode. Gli è che è impossibile ammettere che il marito possa compromettere e distruggere i diritti della moglie con atti fraudolenti. La comunione è una società. Qualunque sia l'autorità del marito, sta sempre che la moglie ha un diritto di comproprietà il quale si realizzerà quando essa accetti la comunione. Ora, può concepirsi che il marito abbia il potere le-

(1) Rigetto, 18 marzo 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285). Rodière e Pont, t. II, p. 181 n. 893.

(2) Parigi, 6 maggio 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

gale di spogliare la moglie di questo diritto con atti fraudolenti? Non è per rovinare la moglie che le consuetudini lo dichiaravano signore e padrone, ma per far prosperare la società di beni di cui egli sta a capo. D'altronde la frode fa eccezione ad ogni regola. I creditori possono impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode dei loro diritti. A maggior ragione deve spettare questa facoltà alla moglie, la quale ben più che creditrice, è comproprietaria.

39. Il principio non è dubbio. Resta a sapersi qual sia il valore delle parole usate dalla consuetudine: *senza frode.* Pothier le spiega così: « Il marito, signore dei beni della comunione, può disporne a suo piacimento, senza il consenso della moglie. Tuttavia queste disposizioni non sono valide se non in quanto non appariscano fatte in frode della quota che la moglie ha sui beni allo scioglimento della comunione. Egli non può sopratutto avvantaggiarsene in danno di questa. Così vi ha frode quando il marito, disponendo, vuol spogliare la moglie della quota spettantele sulla cosa di cui dispone. Vi ha frode specialmente quando il marito, spogliando la moglie, mira ad arricchire sè stesso. La frode, continua Pothier, sussiste principalmente quando la disposizione dei beni della comunione tende ad avvantaggiare il marito in danno della moglie privandola della parte ch'essa deve avere un giorno sui beni della comunione. Era questa l'interpretazione di Dumoulin: « Senza frode, cioè senza arricchire sè stesso o i suoi eredi in danno della comunione » (1).

Vi sono dunque due casi di frode. Il primo ha luogo quando il marito danneggia la comunione per arricchire sè stesso. È la frode ordinaria. Non bisogna confondere questo caso con quello del compenso previsto dall'art. 1437. Entrambi i coniugi sono tenuti ad un compenso quando ritraggono un profitto personale dai beni della comunione. Essi devono indennizzare la comunione. La legge non suppone la frode. Da parte della moglie questo è impossibile. Ella non può ritrarre un profitto dalla comunione senza il concorso del marito. Ora, non si dirà che il marito colluda colla moglie per frodare la comunione. Vi ha grande differenza fra il profitto ottenuto senza frode dal marito e la spogliazione della moglie con atti fraudolenti. Nel primo caso l'atto che ha procurato un beneficio al marito resta valido, e solo obbliga il marito a indennizzare la comunione. Nel secondo caso l'atto fraudolento sarà annullato sulla richiesta della moglie (2).

Vi ha una seconda ipotesi di frode. Il marito danneggia la comunione non per avvantaggiare sè stesso, ma per danneggiare la moglie a profitto di terzi. Ciò non può avvenire che in

(1) Pothier, *Della comunione,* nn. 467 e 481.
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 326, § 509.

odio alla moglie. Ma queste malvagie passioni sono rare. Gli uomini agiscono più per cupidigia che per odio.

40. Qualunque sia la frode, essa dà luogo ad un'azione di nullità. È il diritto comune stabilito dall'art. 1167. Non si tratta d'una semplice azione di risarcimento. La moglie non può agire quando non vi ha frode, perchè il marito ha i diritti del proprietario. Egli può usare ed abusare, può dissipare e perdere la comunione senza che la moglie abbia mezzo d'impugnare i suoi atti. Gli è solo quando il marito danneggia la comunione con atti fraudolenti che la moglie ha diritto d'agire (1).

Le si è contestato questo diritto con pessime ragioni. Perchè si faccia luogo all'azione pauliana, si dice, fa d'uopo sia stato leso un diritto. Ora, la moglie non ha alcun diritto durante la comunione, e quindi non può parlarsi di un atto compiuto in frode dei suoi diritti (2). Vi ha qualche cosa di vero in questa obbiezione; la moglie, cioè, non può agire durante la comunione, poichè il suo diritto d'associata non s'apre che allo scioglimento. Ora, siccome la moglie si lagna quale associata, la conseguenza sarà che non potrà agire se non quando la comunione sia sciolta ed essa l'abbia accettata (3).

L'accettazione della moglie solleva un'altra obbiezione contro di lei. Accettando, la moglie fa proprii tutti gli atti del marito, come se si avesse preso parte. Ora, avendo consentito all'atto, non può più sostenere che sia fatto in frode dei suoi diritti. Non è forse il caso dell'adagio: *Volens non fraudatur*? Abbiamo già incontrato questa argomentazione. Essa è giustissima quando si tratta di atti in buona fede; ma erronea quando gli atti del marito sono fraudolenti. Accade della moglie come degli eredi. Questi continuano la persona del defunto, eppure possono impugnare gli atti fraudolenti coi quali il defunto ha lesa la loro legittima. Così la moglie, quantunque accetti la comunione, non è vincolata dagli atti che il marito ha compiuto in frode dei suoi diritti. Sarebbe assurdo pretendere che la moglie non possa accettare se non approvando la frode, perchè ne risulterebbe ch'essa non potrebbe mai agire e che il marito potrebbe frodarla a suo bell'agio. Se rinuncia, non ha nè diritto nè interesse. Se accetta, approva la frode (4).

Si è scovata un'altra obbiezione nell'art. 271. È una disposizione particolare al divorzio, la quale non impedisce l'applicazione del diritto comume. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo del *Divorzio* (t. III, n. 253) e ad un'ottima sentenza della Corte di Colmar, la quale stabilisce egregiamente la differenza fra la disposizione eccezionale dell'art. 271 e la regola generale dell'art. 1167 (5).

---

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 163, n. 876.
(2) Colmar, 25 febbraio 1857 (Dalloz, 1857, 2, 88).
(3) Bruxelles, 25 luglio 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 423).
(4) Rigetto, 31 luglio 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).
(5) Colmar, 25 febbraio 1857 (Dalloz, 1857, 2, 89).

41. Poichè la moglie agisce coll'azione pauliana, bisogna applicare i principii che reggono questa azione. Si domanda se la moglie può agire contro i terzi che hanno trattato col marito, ed anche contro i terzi possessori che non hanno figurato nel contratto (1). Noi abbiamo esaminato la questione, come tutte quelle che riguardano questa difficile materia, al titolo delle *Obbligazioni*, che ne è la sede.

42. Nell'antico diritto il marito poteva disporre tanto a titolo gratuito quanto a titolo oneroso. Gli è specialmente in vista delle liberalità che le consuetudini disponevano che il marito doveva agire senza frode. Secondo il codice civile, le liberalità sono, per regola generale, vietate. Ciò restringe la cerchia degli atti che il marito può fare in frode dei diritti della moglie. Gli atti a titolo oneroso possono essere fraudolenti e ciò avviene ordinariamente quando nascondono una liberalità. Se l'atto non è oneroso che in apparenza, la moglie può domandarne la nullità provando che è una finta donazione che il marito non aveva il diritto di fare. È certo che il marito non può donare un immobile sotto forma di vendita più che nol possa per donazione diretta. In questo caso la moglie agisce per la nullità dell'atto, non in virtù dell'art. 1167, ma in virtù dell'art. 1422. Perchè si possa intentare l'azione pauliana, l'atto deve essere a titolo oneroso e bisogna che danneggi la comunione per frode, sia il marito o siano i terzi che ne approfittano. Non basta che la comunione sia danneggiata, ma è d'uopo che lo sia per frode. Incombe naturalmente alla moglie di provare la frode. La prova può essere difficile, ma è una difficoltà di fatto. Citeremo un caso giudicato dalla Corte di Bruxelles. Il marito aveva venduto, con atto del 29 gennaio 1857, parecchi immobili dipendenti dalla comunione universale che esisteva fra lui e la moglie. Il prezzo consisteva in una rendita vitalizia di cinquecento lire. Egli morì, il 3 marzo successivo, d'una idropisia da cui era già affetto al momento della vendita. Vi erano circostanze tali che rendevano la frode evidente. I beni venduti valevano più di cinquemila lire. I compratori erano gli eredi presuntivi del venditore. Questi viveva separato dalla moglie. Ecco un esempio d'un atto di disposizione che il marito fa in odio alla moglie per spogliarla. Non lo fa per arricchire sè stesso, perchè è morente. Egli vuole danneggiare la comunione per frodare i diritti che sua moglie deve esercitarvi (2).

43. Il marito può donare effetti mobili a titolo particolare. La legge non vi mette che una sola restrizione, che cioè non se ne riservi l'usufrutto (art. 1423). Quando può la moglie impugnare queste liberalità? La condizione essenziale è ch'esse siano state

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 164, n. 876.

(2) Bruxelles, 28 gennaio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 285). Cfr. Bruxelles, 25 febbraio 1859 (*ibid.*, 1859, 2, 299).

fatte in frode dei diritti della moglie. Non basta dunque che siano eccessive, perchè il marito può dissipare e perdere i beni della comunione tanto colle sue liberalità quanto coi suoi atti a titolo oneroso. Il fatto dell'eccesso non costituisce per sè solo la frode. Non bisogna dunque porre per principio, come fa Troplong, che la prodigalitá verso gli estranei costituisca un dolo verso la moglie (1). Bisogna, al contrario, mantenere il principio che il marito è signore, e che può perdere la comunione coi suoi eccessi. Non vi ha che una cosa che gli sia vietata, la frode. La moglie sarà dunque tenuta a provare che il marito ha agito in frode dei suoi diritti. Vi ha frode quando la liberalità nasconde un vantaggio che il marito fa a sè stesso per mezzo d'interposta persona. In questo caso la moglie deve provare l'interposizione della persona, perchè in questa materia non vi sono persone che si presumano interposte, come nei casi degli articoli 911 e 1100. Vi ha frode anche quando il marito ha donato in odio alla moglie, quand'anche non ritraesse alcun vantaggio personale dalla liberalitá (2).

44. Non bisogna confondere le donazioni che il marito fa in frode della moglie con quelle per cui il marito è tenuto ad un compenso. Il compenso non implica nessuna frode, e non dà luogo ad un'azione di nullità. Tutto ciò che ne risulta si è che il coniuge il quale deve un compenso è obbligato di conferire alla comunione il profitto che ha ricavato dai beni comuni. L'art. 1469 ne offre un esempio: « Ciascuno dei coniugi o il suo erede conferisce le somme che sono state tolte dalla comunione o il valore dei beni che vi ha preso per dotare un figlio d'un altro letto. o per dotare personalmente il figlio comune ». Queste liberalità sono valide. Non vi ha dubbio quando il marito dota un figlio comune. Egli può donargli beni immobili, o l'universalità dei mobili, od anche tutta la comunione. Il marito non è tenuto ad alcun compenso se non quando si è costituito debitore personale della dote e paga con effetti della comunione. Egli paga, in questo caso, un debito suo personale, a spese della comunione, e quindi deve compensarnela in forza dell'articolo 1437. È lo stesso quando il marito dota un figlio di un precedente letto in effetti mobili, perchè se lo dota in immobili o in una universalità di mobili, la donazione è nulla (numero 32).

La donazione d'effetti mobili che il marito fa a titolo di dote a un figlio di un primo letto solleva alcune difficoltà. Si domanda anzitutto perchè sia tenuto ad un compenso. In generale egli non deve indennità alcuna per le liberalità che fa ad estranei più che non ne debba per i beni della comunione che dissipa. Donare è perdere, dicono i giureconsulti romani. Ora, il marito

(1) Troplong, t. I, p. 278, n. 887.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 145, n. 66 *bis* VI.

ha diritto di perdere i beni comuni. Tuttavia non bisogna porre come principio assoluto che il marito non debba compenso per le donazioni che fa. Egli è tenuto ad un compenso, così per gli atti a titolo gratuito come per quelli a titolo oneroso, anzitutto quando ne ritrae un profitto personale senza alcuna idea di frode, e in secondo luogo quando agisce in frode dei diritti della moglie. Non vi ha, sotto questo rapporto, alcuna differenza fra le donazioni e le convenzioni a titolo oneroso. Tuttavia gli scrittori (1) e la giurisprudenza sembrano ammettere come regola che il marito non deve alcun compenso per le sue liberalità. Si invoca l'art. 1469 a termini del quale il coniuge conferisce le somme o i beni che ha tolto dalla comunione per dotare un figlio di un altro letto. L'argomento suppone che l'art. 1469 consacri un'eccezione al diritto comune. Si può interpretare la legge anche nel senso che applichi il principio dei compensi ad un caso particolare. Ciò che dà un gran peso alla seconda interpretazione si è che la disposizione è tolta da Pothier, il quale la considera come un'applicazione della regola dei compensi (2). Questa interpretazione, oltre ad essere razionale, è fondata anche sui principii. Il marito deve compenso quando ritrae un profitto personale della vendita di un bene della comunione. Perchè non ne dovrebbe quando si avvantaggia personalmente con una donazione? Il motivo di decidere, l'equità, è uguale in entrambe le ipotesi.

La Corte di cassazione obbietta che il marito il quale dona non fa che usare di un diritto che deriva dalla legge, e ne conchiude che non sia tenuto per questo titolo ad alcun compenso. La Corte soggiunge che la sentenza impugnata accerta come la donazione che, nella specie, il marito aveva fatto alla nipote non era eccessiva (3). La Corte non confonde la donazione per cui il marito deve compenso con quella che fa in frode della moglie? Quando si tratta di compenso, l'ammontare della donazione è indifferente. È questione di constatare che il marito ne ha ricavato un profitto personale, ed egli deve un'indennità per tutto il profitto. Dire che fa ciò che ha il diritto di fare è provar troppo. Il marito ha pur facoltà di compiere qualsivoglia atto a titolo oneroso, il che non toglie che sia tenuto ad un compenso se ne ritrae vantaggio.

Questa stessa confusione s'incontra in un'altra sentenza della Corte suprema. Il marito aveva fatto una donazione d'effetti mobili alle sorelle che erano le sue eredi presuntive. Era egli tenuto ad un compenso? La Corte comincia col citare l'articolo 1422, il quale permette al marito di donare senza assog-

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 328, nota 11, § 509. Rodière e Pont, t. II, p. 174, n. 885. Mourlon, t. III, p. 51, n. 125.

(2) Pothier, *Della comunione*, n. 641.

(3) Rigetto, 18 marzo 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285).

gettarlo ad alcun compenso. Si pone già male la questione e male si ragiona. L'oggetto dell'art. 1422 non è di decidere se il marito debba o no compenso. Il solo scopo della legge è di determinare che cosa il marito può donare. Poscia la Corte esclude l'art. 1469 che il ricorso invocava per indurne che questa disposizione dovesse essere applicata in via d'analogia. La sentenza risponde che l'art. 1469 è *assolutamente limitativo* e non si applica che ai figli dotati dal marito; che le donazioni fatte ad ogni altra persona sono rette dall'art. 1422. È quanto dire che non è dovuto compenso se non nel caso dell'art. 1422, e che non è dovuto nelle donazioni in generale. Abbiamo dimostrato come ciò non sia esatto. Dopo rilevato detto che non era dovuto alcun compenso, la Corte, fondandosi sulla sentenza impugnata, osserva che il marito non aveva ricavato alcun profitto personale dalle donazioni fatte alle sorelle. Questo considerando è inutile se è vero che non sia dovuto alcun compenso. Esso suppone dunque che vi siano casi in cui un compenso è dovuto. Quali sono questi casi? La Corte non ne dice nulla. Essa si limita a combattere un argomento fatto valere dal ricorso. La donazione fatta a successibili è conferibile. Essa giova alla successione, e quindi al defunto. Strano argomento che la Corte respinge col testo dell'art. 1437. La legge non assoggetta il marito ad un compenso se non perchè egli ritrae un profitto personale dalla comunione. Ma la collazione fatta alla successione del donante può dirsi un profitto personale per lui? (1).

Ciò che ci conferma nell'opinione che la Corte di cassazione confonde le donazioni soggette a compenso con quelle fatte in frode della moglie si è che la Corte non ha esitato ad applicare il principio del compenso alle donazioni fatte dai coniugi quando questi ne ritraessero un vantaggio personale. Tale è una donazione fatta subordinatamente a un dato onere, quando l'onere torna a vantaggio del donante. Citeremo più innanzi il caso concreto. Sarebbe lo stesso d'una donazione rimunerativa la quale torna sempre a vantaggio del donante, sia che questi paghi con essa un debito civile, sia che paghi un debito naturale. Il donante è quindi tenuto ad un compenso.

45. Torniamo alle donazioni che il marito fa ad un figlio di un altro letto. L'art. 1469 dispone che il marito deve un compenso per questo titolo. Secondo noi, la disposizione non fa che applicare il principio del compenso. Si dirà: se non è che l'applicazione del principio dell'art. 1437, la disposizione è inutile. Ma vi ha qualche cosa di speciale nel caso previsto dall'art. 1469. Quando, al momento della liquidazione, si sostiene che il marito deve compenso sia per una liberalità, sia per un atto a titolo oneroso, spetta a colui che reclama l'indennità il provare che il marito ha ricavato un profitto personale dai beni

(1) Rigetto, 30 aprile 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

della comunione. Questione di fatto che il giudice dovrà decidere. Invece nel caso dell'art. 1469 è la legge che decide, e che costringe il marito a dare un compenso per tutto ciò che prende nella comunione allo scopo di dotare il figlio. L'attore non deve dare alcuna prova all'infuori di quella dell'esistenza della donazione fatta a titolo di dote al figlio di un primo letto. Egli non deve provare che il marito ha ricavato un profitto dalla liberalità. Perchè? Perchè la prova del profitto risulta dalla natura stessa della liberalità. Il padre è naturalmente obbligato a dotare i suoi figli. Ora, non vi ha nulla di più personale che un'obbligazione naturale. Il debitore riconosce, pagando, di essere obbligato. È dunque sui suoi beni che deve pagare il proprio debito. Non si può dire che sia un debito della comunione, poichè questa non può essere escussa per un tal debito. Vi è anche un'altra ragione per cui la legge ha creduto dover decidere essa stessa la questione del compenso per le donazioni fatte a un figlio di un primo letto. Il compenso essendo una questione di fatto, i tribunali avrebbero potuto giudicare non dovere il medesimo essere corrisposto. Si sarebbero così incoraggiati i padri a fare delle liberalità ai figli di un altro letto a spese della comunione. In altri termini, il legislatore non ha creduto dover parlare delle liberalità ordinarie che possono essere fatte dal marito. Questi non è certamente disposto a spogliarsi a favore di un estraneo e sia pure di un parente mentre la voce della natura gli comanda di dotare i suoi figli. E li avrebbe dotati troppo liberalmente se avesse potuto farlo a spese della comunione (1).

46. L'art. 1469 non suppone che vi sia frode, poichè non assoggetta la donazione che ad un compenso, il che implica che è valida e quindi deve essere mantenuta. Se la donazione fosse fatta in frode dei diritti della moglie, questa potrebbe domandarne la nullità. Quand'è che vi ha frode? L'abbiamo detto più sopra (n. 39). Nel caso dell'art. 1469 sarà più difficile stabilire la frode, perchè la liberalità ha una causa legittima, avendo essa per oggetto di pagare un debito naturale. Tuttavia potrà esservi frode se il marito, col pretesto di pagare un debito che la natura gli impone, cerca di spogliare la moglie dei diritti che ha come associata. Non insistiamo, perchè si tratta d'una difficoltà di fatto. Spetta al giudice deciderla secondo le circostanze della causa. Notiamo solamente che la moglie ha maggiore interesse a domandare la nullità della donazione anzichè un compenso. Il compenso non può essere chiesto che dalla comunione e contro il marito, ma la comunione può essere esaurita e il marito insolvibile. In questo caso la moglie ha tutto l'interesse a domandare la nullità della donazione, se real-

(1) Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 145, n. 66 *bis* VI. Rigetto, 21 novembre 1871 (DALLOZ, 1872, 1, 189).

mente è fraudolenta, perchè la sua azione reagisce contro i terzi (1).

47. L'art. 1469 ha sollevato recentemente un'altra difficoltà. Esso parla d'una liberalità fatta ad un figlio per dotarlo. È lecito conchiuderne che il marito possa fare una liberalità ad un figlio di un altro letto per un'altra causa, e che questa liberalità non sia soggetta a collazione? La Corte di cassazione ha giudicato che la disposizione dell'art. 1469 è restrittiva, nel senso che il marito non deve compenso che per le donazioni dotali. Così formulata, la decisione sarebbe troppo assoluta e inesatta. L'art. 1469 non è un'eccezione alla regola dei compensi, ma piuttosto un'applicazione di questa regola (n. 45). Ogni liberalità, come ogni atto del marito, va soggetto a compenso quando il marito ne ha ritratto un vantaggio personale, e quindi anche la donazione fatta a un figlio di un primo letto quand'anche questa donazione non fosse stata fatta a titolo di dote. Soltanto, se si tratta d'una liberalità ordinaria spetta alla moglie provare che il marito ne ha ritratto un vantaggio, poichè non è più una donazione fatta per soddisfare un'obbligazione naturale.

In realtà, la decisione della Corte suprema non ha la portata che le si diede (2). Se le si può muovere un rimprovero, si è quello di aver confuso il compenso colla frode. Il ricorso ha contribuito a trarre la Corte in errore. Esso pretendeva che si dovesse applicare l'art. 911 alla liberalità che il marito fa ad un figlio d'un primo letto e che, per conseguenza, essa doveva essere annullata, dovendosi presumerla fatta per interposta persona a favore del marito. Ecco un errore palpabile, sebbene sia accolto da Merlin e Toullier. L'art. 911 non ha nulla di comune colla donazione che il marito fa al figlio d'un primo letto. Esso annulla la liberalità fatta per interposta persona ad un incapace, vale a dire ad una di quelle persone che la legge dichiara inetti a riavere. Ora, nel caso concreto, non si tratta d'un'incapacità di ricevere, ma di sapere se la donazione è soggetta a compenso, o se è nulla per essere stata fatta in frode dei diritti della moglie. È su questo punto che vi ha confusione nella sentenza. Qualunque disposizione, dice la legge, sebbene fatta apparentemente a vantaggio di persone capaci di ricevere, può essere *annullata* quando, in realtà, *è destinata ad arricchire il marito* a spese della comunione (3). Ecco la donazione fatta in frode della moglie. Dice benissimo la Corte che, per annullare una donazione, è necessario che sia provato lo scopo fraudolento, e, nel caso concreto, la frode non era constatata dalla sentenza impugnata.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 146, n. 166 *bis* XI.
(2) Vedi la nota di Bendant sulla sentenza della Corte, in Dalloz, 1870, 1, 5
(3) Cassazione, 23 giugno 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

Ma la donazione, quantunque non fraudolenta, poteva dar luogo a compenso se fosse stato provato che il marito ne aveva ritratto un vantaggio a spese della comunione. Ecco il punto che la Corte sembra confondere colla donazione fraudolenta. Vi ha, invece, notevole divario. Il compenso suppone una donazione valida, mentre in caso di frode la donazione è nulla. In entrambe le ipotesi il marito s'avvantaggia a spese della comunione, ma nel caso del compenso egli lo fa senza alcuna idea di frode. Non si può dunque dire che ogni donazione destinata ad arricchire il marito a spese della comunione sia fraudolenta e quindi nulla.

48. La giurisprudenza ammette la validità d'una donazione immobiliare quando la moglie concorre nell'atto. Fu sostenuto che queste donazioni dessero luogo per sè medesime ad un compenso. Siffatta pretesa non poteva essere accolta, perchè al tutto infondata. Come potrebbe esservi luogo a compenso, quando nessuno dei due coniugi s'arricchisce a spese dell'altro, nè a spese della comunione? In un primo caso giudicato dalla Corte di cassazione, la donazione era fatta con onere, e l'onere, consistente su una rendita vitalizia, era stipulato nell'interesse dei donanti. La sentenza impugnata della Corte di Limoges distingueva benissimo la liberalità fatta come attestazione d'affetto o di riconoscenza dall'onere. La liberalità non poteva dar luogo a compenso. Non così invece l'onere, perchè questo procurava un vantaggio personale ai donanti. Anche quest'ultimo punto venne contestato. La rendita vitalizia era stipulata a favore dei due coniugi. Dunque, si diceva, non vi era vantaggio personale per nessuno dei due. Ma era un pessimo ragionamento. La Corte di cassazione ristabilì le cose nella loro realtà. Il vantaggio era aleatorio, ma risultava sempre dalla donazione. Era dunque il caso d'applicare il principio del compenso (1). Se il vantaggio non esiste che a profitto di uno dei coniugi, questo solo sarà tenuto ad un compenso. Tale sarebbe una donazione a vantaggio d'un figlio d'un primo letto fatta dal marito col concorso della moglie. Questa non ritrae nessun vantaggio dalla donazione, e quindi non deve alcun compenso. Il suo concorso nell'atto non toglie che il marito ne tragga profitto, il che l'obbliga a indennizzare la comunione (2).

§ II. — *Delle azioni.*

49. La consuetudine di Parigi diceva (art. 233): « Il marito è signore delle azioni mobiliari e possessorie che spettano alla moglie, e può agire e dedurle in giudizio senza di lei ». Pothier dà il motivo di questa disposizione: « Essendo la co-

(1) Due sentenze di rigetto, 29 aprile 1851 (DALLOZ, 1852, 1, 25 e 26).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 146, n. 166 *bis* VI.

munione composta di tutti i beni mobili di ciascuno dei coniugi ed essendo il marito, nella sua qualità di capo della comunione, solo signore dei beni della comunione stessa finchè dura, la consuetudine, ne ha giustamente tratta la conseguenza ch'egli è signore per tutte le azioni mobiliari della moglie, e che può dedurle, da solo, in giudizio ». È una cosa tanto evidente ch'era inutile dirla. Chi è signore e padrone ed ha il diritto assoluto di disporre dei beni può naturalmente stare in giudizio per reclamare i suoi diritti o per difenderli. È questo il diritto di ogni proprietario. Ora, il marito è proprietario dei beni comuni. Ecco perchè il codice nulla dice delle azioni concernenti i beni comuni. È sottinteso ch'esse spettano tutte al marito senza distinzione fra le azioni mobiliari e immobiliari. L'art. 1428 non parla che delle azioni concernenti i beni proprii della moglie. Ritorneremo sull'argomento.

La consuetudine di Parigi non dice nulla delle azioni mobiliari e possessorie spettanti al marito, perchè la comunione non porta alcun cambiamento ai diritti che il marito ha sul suo patrimonio. Egli resta proprietario e, come tale, continua ad esercitare le azioni relative ai suoi beni. Poco importa per lui che cadano o non cadano in comunione. Egli ha egualmente il potere d'agire quanto ai beni della comunione, sempre perchè ne è il padrone. Infine il regime di comunione gli dà questo diritto sui beni della moglie che vi entrano, perchè egli ne diviene signore e padrone. La moglie, maritandosi, mette nella società di beni ch'essa forma, i suoi beni mobili presenti e futuri e, per conseguenza, le azioni mobiliari. A partire dal matrimonio è il marito che agisce, sia quale attore, sia quale convenuto. Pothier ne deduce questa conseguenza che è certa: Quand'anche queste azioni fossero state intentate dalla moglie prima del matrimonio, esse non possono più, dopo il matrimonio, essere proseguite da lei e contro di lei sola, ma è necessario che sia ripresa l'istanza dal marito o contro il marito (1). Ci limitiamo a porre il principio. I dettagli appartengono alla procedura.

Quello che diciamo delle azioni mobiliari si applica alle azioni possessorie. La consuetudine di Parigi le accorda al marito. Essa suppone che si tratti dei beni proprii, perchè, quanto ai beni di comunione, il marito, essendone proprietario, ha tutte le azioni, tanto immobiliari o petitorie, quanto possessorie. S'egli ha le azioni possessorie concernenti i beni proprii della moglie, è perchè la comunione ne ha il godimento, e quindi deve avere le azioni che lo proteggono. È questa la spiegazione data da Pothier.

50. La consuetudine non parla delle azioni petitorie concernenti i beni proprii della moglie. Per principio, esse non ap-

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 473.

partengono che alla moglie, poichè è dessa la proprietaria. Il marito non le ha come capo della comunione, perchè i beni proprii restano esclusi dalla società dei beni che i coniugi formano maritandosi. Non le ha come amministratore dei beni della moglie, perchè il diritto d'intentare azioni immobiliari non è un diritto d'amministrazione. Solo chi può disporre degli immobili ha il diritto di stare in giudizio. Il marito non ha dunque alcuna veste per intentare queste azioni nè per difendersi da esse.

La questione però è controversa. Regna una grande incertezza, in questa materia, e nella dottrina e nella giurisprudenza. Il codice non risolve la difficoltà in termini formali. Esso dice che « il marito può esercitare, solo, tutte le azioni mobiliari e possessorie che spettano alla moglie » (art. 1428). Dovrà conchiudersi da questa disposizione ch'egli non ha il diritto d'intentare le azioni immobiliari? Sarebbe, dice Toullier, l'applicazione del volgare adagio dei glossatori *Inclusio unius est esclusio alterius*, il famigerato argomento che si fonda sul silenzio del legislatore. È vero che l'argomento cosidetto *a contrario* ha poco valore, ma, nella nostra questione, esso si fonda sui principii, il che muta la tesi. Già, nell'antico diritto, Lebrun diceva che la moglie deve prender parte a tutte le azioni che il marito intenta pei suoi immobili, perchè, non avendo questi la facoltà d'alienarli senza la moglie, non ha nemmeno il diritto d'intentarne le azioni senza di essa. È assurdo, dicono le leggi romane, che chi non può alienare possa stare in giudizio (1). Anche Toullier invoca, alla sua volta, i principii. L'art. 1428, egli scrive, dichiara il marito responsabile di ogni deperimento dei beni personali della moglie, e quindi il marito deve avere il diritto di agire. L'ultima parte dell'articolo risponde all'obbiezione. Il marito non è responsabile che quando il deperimento avviene per mancanza di atti conservativi. Ora, nulla impedisce al marito d'interrompere la prescrizione, ma questa non gli dà il diritto d'agire in petitorio. Infine Toullier invoca l'antico diritto (2). Su questo punto è stato seppellito sotto un cumulo di testimonianze contrarie (3). Noi ci contenteremo di quella di Ferrière. È noto che, nel suo commentario sulla consuetudine di Parigi, egli non fa che raccogliere e compilare, come dice egli stesso, le opinioni degli scrittori e le decisioni dei parlamenti, ma lo fa con molto criterio. Che cosa dice dell'art. 233, di cui abbiamo trascritto il testo? « La consuetudine limita e restringe il potere del marito a intentare e dedurre soltanto le azioni mobiliari e possessorie della moglie senza il suo consenso, e non quelle che concernono la sostanza, la proprietà e il dominio

(1) LEBRUN, *Della comunione*, p. 204, n. 28 (II, 2, 4).
(2) TOULLIER, t. VI, 2, p. 338, nn. 384-391.
(3) ODIER, t. I, p. 259 e seg. n. 274. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 198, n. 907.

dei di lei beni. Egli non può senza il consenso della moglie, fare cosa alcuna che possa importare l'alienazione dei suoi beni, e quindi non può dedurre nè intentare le azioni reali che concernono la proprietà delle cose appartenenti alla moglie ». La tradizione è stata consacrata dall'art. 1428, il che è decisivo (1).

51. La vera difficoltà non sta qui. Toullier dice che il marito percepisce i frutti ed i redditi dei beni proprii della moglie, e che a questo titolo deve avere il diritto di rivendicarli. Se questo godimento fosse un vero usufrutto, la questione sarebbe risolta. Il marito avrebbe, come usufruttuario, il diritto d'intentare le azioni reali che interessano l'usufrutto. Ma anche questo punto è dubbio. È indiscutibile che, dando al marito il godimento dei beni proprii della moglie, la legge ha dovuto conferirgli il diritto di tutelarlo. L'interesse del marito è evidente. Se la moglie non si difendesse, o si difendesse male, la proprietà, e, per conseguenza, l'usufrutto perirebbe. Venendo questo interesse in appoggio al diritto, il marito deve avere la facoltà d'intentare le azioni reali in quanto egli ha interesse in forza del suo godimento. Tuttavia egli non rappresenta la moglie, non è proprietario, e non ha il diritto di agire in nome della moglie proprietaria. Dunque i giudicati che interverranno in suo confronto non vincoleranno la moglie, perchè essa non è stata parte nel giudizio e non vi fu rappresentata (2). Dal che segue ancora che se, in conseguenza delle convenzioni matrimoniali, il marito non avesse il godimento d'un bene proprio della moglie, non avrebbe più diritto nè interesse ad agire (3).

52. Come è la giurisprudenza? Facciamo questa domanda perchè, cosa singolare, s'invoca l'autorità della Corte di cassazione in appoggio delle opinioni le più disparate. Troplong scrive ch'essa ha consacrato l'opinione da lui insegnata, la quale distingue fra i diritti del marito come usufruttuario e i diritti del marito come amministratore. Invece gli editori di Zachariae, i quali professano l'uguale teorica, dicono che la Corte suprema riconosce al marito il diritto d'agire come amministratore dei beni della moglie (4). Ciò dimostra che la giurisprudenza non è troppo chiara.

Una prima sentenza osserva che il marito, essendo *amministratore dei beni della moglie*, responsabile del deperimento ch'essi subiscono per la mancanza d'atti conservativi, e padrone dei frutti che ne provengono durante il matrimonio, ha diritto d'esercitare, nel suo interesse e per la conservazione dei diritti

---

(1) Cassazione, 22 aprile 1873 (Dalloz, 1873, 1, 428). La Corte non discute nemmeno la questione, essa si limita a citare l'art. 1428.

(2) Troplong, t. I, p. 305, n. 1006.

(3) Aubry e Rau, t. V, p. 334, n. 29, e gli scrittori, in senso contrario, che citano.

(1) Troplong, t. I, p. 306, n. 1008. Aubry e Rau, t. V, p. 334, nota 29, § 509.

della moglie, le azioni immobiliari alla medesima spettanti. Ecco appunto la dottrina che noi abbiamo combattuto d'accordo con Troplong e con Aubry e Rau. Essa dà al marito il diritto d'intentare le azioni immobiliari come amministratore, cosa questa che noi consideriamo come un'eresia giuridica. La Corte stessa indietreggia davanti alle conseguenze della sua dottrina. Se è vero che il marito ha il diritto d'agire come amministratore legale, per questo solo egli ha veste di rappresentare la moglie. Dunque questa è parte in causa, e quindi potrà esserle opposta la sentenza. La Corte, al contrario, dice che, se la moglie non interviene nel giudizio, la sentenza pronunciata in confronto del marito non avrà forza di cosa giudicata contro di lei, se le sarà sfavorevole.

La seconda sentenza della Corte confonde e imbroglia tutti i principii. Essa cita gli articoli 2428 e 1549, l'uno concernente il regime di comunione, l'altro relativo al regime dotale. È vero che il marito è amministratore dei beni dotali della moglie sotto entrambi i sistemi. Ma il suo potere d'amministrazione sotto il regime dotale è molto più esteso. La legge gli dà il diritto di escutere i possessori dei beni dotali, vale a dire d'intentare le azioni reali. È questa una conseguenza della finzione romana in forza della quale il marito era considerato come proprietario della dote. Il diritto consuetudinario ignora questa finzione. Il marito è un semplice amministratore. Ora, il codice non dà mai agli amministratori dei beni altrui il diritto d'intentare le azioni immobiliari. Il tutore non ha questo diritto (art. 464), come non l'hanno gl'immessi nel possesso dei beni d'un assente (t. II, n. 108). La Corte giunge fino a permettere al marito d'intentare le azioni relative ai beni parafernali su cui il marito non ha alcun diritto (1). La confusione è completa. Una simile giurisprudenza non ha alcuna autorità.

53. La mancanza di ogni principio conduce alle liti e alle decisioni più irrazionali. È stato giudicato che il padre superstite rappresentava i figli in un'azione in cui essi avevano l'identico interesse, come se bastasse l'interesse comune per autorizzare ad agire. Può il marito rappresentare la moglie o i figli quando non vi ha più comunione? Eppure la Corte di Limoges aveva giudicato così. La sentenza è stata cassata (2). Crediamo inutile riportare i motivi. Basta porre la questione per risolverla.

---

(1) Cassazione, 14 novembre 1831, e rigetto, 15 maggio 1832 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1336).

(2) Cassazione, 14 giugno 1830 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1140).

§ III. — *Dei debiti contratti dal marito.*

N. 1. — Riguardo ai creditori.

54. Abbiamo già detto che, riguardo ai creditori, ogni debito del marito è debito della comunione, e abbiamo esposto il fondamento di questo principio (t. XXI, nn. 424-427). La legge applica lo stesso principio alle multe in cui il marito incorre per un debito criminale. Essa permette di escuterlo sui beni della comunione, salvo il compenso dovuto alla moglie (articolo 1424). Pothier dura molta fatica a giustificare questa disposizione. La moglie è obbligata quando accetta la comunione perchè accettando fa proprii gli atti del marito. Ora, non si può certamente dire che la moglie, la quale non ha avuta alcuna parte nel delitto, debba considerarsi complice del marito. Non si ritiene nemmeno, dice Pothier, ch'essa si sia obbligata con lui, nella sua qualità di moglie in comunione di beni, alla riparazione del delitto per la sua parte nella comunione (1). Siffatta dottrina conduce logicamente ad onerare la comunione delle multe senza compenso. Pothier non indietreggia davanti a questa conseguenza. Essa dimostra, ne sembra, la falsità del principio. Può concepirsi che i delitti generino un debito sociale? In diritto vi ha un vecchio adagio il quale dice: ***Nulla delictorum societas.*** E tanto la ragione quanto il senso morale si ribellano contro l'obbligo imposto alla moglie di pagare una multa per un delitto non suo. È vero che il codice le accorda un compenso, ma il compenso può essere derisorio se la comunione è passiva e il marito insolvibile. Il delitto è un fatto essenzialmente personale al colpevole, e quindi anche le obbligazioni che ne risultano dovrebbero essere personali.

L'art. 1424 dà luogo ad una lieve difficoltà letterale. Esso parla delle multe incorse dal marito per ***crimine.*** Il principio non sarà quindi applicabile ai ***delitti*** ed alle ***contravvenzioni?*** La distinzione che il codice penale del 1810 fa tra le diverse infrazioni non esisteva quando fu discusso e pubblicato il codice civile. La parola ***crimine*** va dunque presa nel senso più largo. Ciò è anche razionale. Può concepirsi che la comunione sia tenuta alle multe per le infrazioni più gravi e non vi sia tenuta per le infrazioni relativamente più lievi? Sarebbe assurdo (2).

55. L'art. 1424 aggiunge una restrizione al principio. Esso dice « per crimine che non importi la morte civile ». L'art. 1425 spiega questa restrizione: « Le condanne pronunciate contro uno dei due coniugi per crimine importante la morte civile non

---

(1) Pothier, *Della comunione,* n. 248.
(2) Rodière e Pont, e tutti gli autori (t. II, p. 133, n. 837).

colpiscono che la sua quota nella comunione e i suoi beni personali ». Questa eccezione è stata tolta dall'antico diritto. Essa venne introdotta in odio alla confisca dei beni, pena sovranamente ingiusta, che avrebbe colpito il coniuge innocente ed i figli. L'eccezione si giustificava, giuridicamente, colla considerazione che la morte civile era incorsa, nell'antico diritto, pel fatto solo della condanna. Dunque al momento in cui nasceva l'obbligazione di pagare la multa e le spese non vi era più comunione, poichè la morte civile la scioglieva. Era e non era una giustificazione. Essendo il crimine commesso durante la comunione, le obbligazioni che ne nascono potevano e dovevano colpire la comunione, almeno per i crimini del marito, dal momento che gli si riconosceva il potere esorbitante di obbligare la comunione coi suoi delitti. Nel nostro diritto moderno non s'incorre nella morte civile che colla esecuzione della condanna (articoli 26 e 27). Dunque la ragione o il pretesto che si allegava nell'antico diritto veniva a cadere, e quindi l'eccezione dell'articolo 1425 non aveva più ragion d'essere. Essa non esiste più nè in Francia nè nel Belgio, poichè la morte civile è abolita nel Belgio dalla nostra costituzione e in Francia dalla legge del 1.° maggio 1854 (1). Si può dunque stabilire come regola assoluta che riguardo ai creditori ogni debito del marito è un debito della comunione. E ciò è perfettamente logico poichè il marito è signore dei beni comuni.

N. 2. — Fra i coniugi.

56. L'art. 1409, il quale dispone che i debiti contratti dal marito durante la comunione cadono nel passivo della medesima, soggiunge: « salvo il compenso nei casi in cui ha luogo ». Pothier spiega questa eccezione, com'egli la chiama, colla considerazione che il marito deve indennizzare la comunione quando il debito è stato contratto per affari che riguardano soltanto il suo interesse e del quale egli solo ha approfittato. A dire il vero, l'eccezione è una regola generale del regime della comunione. Essa deriva da un principio che Pothier formula così: « Benchè il marito sia, durante il matrimonio e finchè dura la comunione, padrone assoluto dei beni comuni e possa, per conseguenza, disporne a suo talento, pure non può avvantaggiarsene in danno della parte che deve avervi la moglie (2). « Il principio dei compensi non è speciale al marito, ma una regola generale del nostro regime che il codice formula nell'art. 1437. Vi ritorneremo sopra trattando della liquidazione della comunione.

57. Perchè il marito sia tenuto a compenso si richiede, se-

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 332, n. 24. Rigetto, 2 maggio 1864 (Dalloz, 1864, 1, 266).

(2) Pothier, *Della comunione*, n. 250.

condo la regola dell'art. 1437, che abbia ricavato un profitto personale dai beni della comunione. Ora non ritrae un vantaggio personale dai beni comuni chi si obbliga nell'interesse d'un terzo agli affari del quale è estraneo. È Pothier che fa questa osservazione così evidente. Il marito si rende mallevadore d'un amico per affari ai quali non ha alcun interesse, unicamente per far piacere al debitore. Il debito sta a carico della comunione, senza che il marito debba compensarnela, perchè egli non ne ritrae alcun profitto personale. Perderà i beni comuni: ma il marito ha diritto di farlo (1).

La Corte di cassazione ha fatto l'applicazione di questi principii al mutuo che il marito contrae durante la comunione. Nella specie la moglie reclamava un compenso, perchè non era provato ch'essa avesse approfittato delle somme prese a prestito. La Corte ebbe a giudicare doversi presumere che i prestiti fatti dal marito fossero stati contratti nell'interesse della comunione, donde conchiude che spetta a colui che reclama un compenso provare che i denari presi a prestito hanno servito a pagare un debito personale del marito, o che questi ne ha ricavato un profitto personale qualsiasi (2). Ci pare che la decisione, giusta in sostanza, sia mal motivata. La legge non stabilisce la presunzione che i prestiti contratti dal marito siano fatti nell'interesse della comunione. Ciò implicherebbe che il marito non obbliga la comunione, senza essere tenuto a compenso, che quando il debito è contratto nell'interesse della comunione medesima. Ora, Pothier ci ha detto testè il contrario, e non vi ha in proposito il menomo dubbio. Il marito non ha dunque bisogno di questa pretesa presunzione per respingere la domanda di compenso. Chi sostiene che il marito è tenuto ad un compenso è attore perchè reclama una indennità a carico del marito, e deve provare il fondamento della sua domanda, vale a dire che il marito ha ricavato un profitto personale dai denari presi a prestito.

58. Quand'è che il marito ritrae un profitto personale dai beni della comunione? È una questione di fatto. L'art. 1437 dà degli esempi sui quali ritorneremo. Noi abbiamo osservato che il marito deve compenso quando dota un figlio d'un primo letto con denari o beni presi nella comunione (art. 1469). Egli ritrae un profitto personale, nel senso che paga un debito suo proprio (num. 45).

V'hanno casi in cui il marito deve compenso per un debito personale pagato dalla comunione, sensa che si possa dire ch'egli ne ritragga un profitto personale, nel senso che si sia arricchito. Secondo l'art. 1424, il marito deve compenso per le multe che la comunione ha pagato per lui. Egli non s'arric-

---

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 248.
(2) Cassazione, 19 luglio 1864 (Dalloz, 1865, 1, 66).

chisce per questo, ma ritrae un profitto personale dalla comunione, perchè il debito, personale di sua natura, avrebbe dovuto essere pagato sui beni suoi proprii. La comunione ne fa un'anticipazione che il marito deve restituire. Importa precisare il vero motivo di questa decisione, perchè ci servirà a risolvere una questione molto controversa. Troplong scrive che è una deroga ai veri principii che reggono il potere del marito. Sarebbe più vero il dire che è una deroga alla teoria tradizionale, una innovazione legislativa. Resta a sapere quale delle due dottrine sia la più giuridica. Noi abbiamo già risposto alla questione. Il marito è senza dubbio signore della comunione, e ne dispone a suo piacimento, anche per affari estranei alla società coniugale. È già troppo permettergli d'obbligare la comunione senza compenso, quando non agisce nell'interesse della medesima. Il legislatore francese ha pensato che sarebbe eccessivo, perchè si violerebbe il principio essenziale di ogni società, il dichiarare la moglie in comunione di beni obbligata pei delitti del marito. La moglie, accettando la comunione, fa proprii gli atti del marito. Si concepisce, a stretto rigore, come possa ritenersi ch'essa abbia concorso alla fidejussione del marito per un amico, quantunque un simile atto sia estraneo alla comunione, perchè nulla di quanto interessa il marito è estraneo alla moglie. Ma non vi ha principio nè finzione che possa spiegare come la moglie sia complice d'un delitto del marito al quale essa non ha partecipato. Il delitto è il più personale fra tutti gli atti, e quindi anche le obbligazioni che ne risultano devono essere personali all'autore del delitto (1).

59. Noi pregiudichiamo così la decisione d'una questione molto controversa. Deve il marito compenso pei risarcimenti civili che risultano dal delitto e che la comunione ha dovuto pagare? Che la comunione vi sia tenuta di fronte al creditore, non è dubbio, poichè è tenuta anche alle multe. Ma ha diritto ad un compenso per questo titolo? Crediamo di sì. Il codice civile stabilisce in due articoli (1409 e 1424) il principio che il marito deve compenso pei debiti che gli sono personali, e considera come debito personale la multa incorsa dal marito per un delitto criminale. La multa è una conseguenza del delitto. Se la multa è personale al marito, perchè il suo delitto è personale, deve dirsi lo stesso, per gli identici motivi, dei risarcimenti civili, essendo i risarcimenti al pari delle multe una conseguenza del delitto.

Si oppone il testo della legge. L'art. 1424 non obbliga il marito ad alcun compenso se non per le multe. La legge non parla dei risarcimenti civili. Se ne conchiude che il marito non deve alcun compenso a questo titolo. L'argomento sarebbe

(1) TROPLONG, t. I, p. 285, n. 917. Confronta COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 155, n. 68 *bis* I.

valido se l'art. 1424 stabilisse un'eccezione al diritto comune. Ma non è così. Il codice deroga all'antico diritto, ma innovando ritorna ai veri principii. L'art. 1424 è dunque l'applicazione d'un nuovo principio, più razionale che l'antico. Non sarebbe contraddittorio l'applicare le dottrine tradizionali alle riparazioni civili, quando il legislatore le ha respinte per le multe? Può concepirsi che vi siano due regole contrarie per due conseguenze d'un identico fatto? Le multe sono personali, perchè incorse per un fatto personale e i risarcimenti civili, egualmente incorsi per un fatto personale, non sarebbero personali!

Per ammettere una simile anomalia occorrerebbe l'espressa volontà della legge. Ora la legge dice soltanto che le multe danno luogo ad un compenso. Il testo non è dunque restrittivo, e ciò basta perchè l'interprete possa e debba applicare ai risarcimenti civili il principio che l'art. 1424 applica alle multe. Si pretende che il valore restrittivo dell'art. 1424 risulti dalla combinazione di questo articolo coll'art. 1425. Quando si tratta delle conseguenze del delitto che il codice pone a carico del marito, nel senso ch'egli sia tenuto per esse ad un compenso, il codice si serve della parola multe. Se invece si tratta delle conseguenze d'un crimine importante la morte civile, e per le quali il codice non permette che sia escussa la comunione, adopera l'espressione generale di *condanne,* la quale comprende tanto i risarcimenti civili quanto le multe. Se il legislatore avesse avuto l'intenzione, nell'art. 1424, di porre i risarcimenti civili a carico personale del marito, avebbe usata l'espressione generale *condanne.* Valendosi del vocabolo speciale *multe,* ha dovuto usarlo in un senso restrittivo. Noi crediamo che si attribuisca alle espressioni di cui la legge si serva un significato che non hanno. Il legislatore francese non ama ripetere le stesse parole. Chi ci dice che non sia questa la ragione per cui esso si serve della parola *multe* nell'articolo 1424 e della parola *condanne* nell'art. 1425? Nei lavori preparatorii sugli art. 1424 e 1425 non è stato detto nulla. Sono dunque ammissibili antrambe le interpretazioni, tanto quella che restringe l'art. 1424 alle multe, quanto quella che permette di applicarlo ai risarcimenti civili. Quale si deve scegliere? Noi diamo la preferenza all'interpretazione razionale. Sotto questo punto di vista possiamo invocare in nostro favore l'art. 1425 che si invoca contro la nostra opinione. Esso equipara i risarcimenti civili e le multe quando si tratta d'un crimine che importi la morte civile, sebbene i risarcimenti civili siano dovuti dal giorno in cui il fatto dannoso è stato commesso, e non dal giorno della condanna. La legge non permette di escutere la comunione. Non potrebbe darsi altro motivo di questa disposizione se non quello che sarebbe irrazionale distinguere fra le diverse obbligazioni che risultano da un crimine. Se è irrazionale pei crimini previsti dall'art. 1425, è irrazionale anche pei delitti di cui parla l'art. 1424.

Si fa un'altra obbiezione alla nostra teorica dei fatti personali. Essa conduce logicamente, si dice, a mettere a carico del marito, senza compenso, le obbligazioni che nascono da un delitto civile, ed anche quelle che sorgono da un quasi-delitto, e se si volesse spingere il principio fino in fondo, bisognerebbe soggiungere che, essendo il dolo, come ogni sorta di colpa, personale al marito, egli solo deve risponderne. Osserviamo che in tal guisa si dà alla nostra teoria una portata ch'essa non ha. Esiste una linea di demarcazione naturale fra le infrazioni penali e le obbligazioni civili. Il delitto è un fatto essenzialmente personale, a cui la moglie rimane estranea e di cui non deve subire le conseguenze. Non così del dolo e della colpa aquiliana. Qui si rientra nel diritto comune. Il dólo è una specie di colpa e la colpa aquiliana non differisce essenzialmente dalla colpa convenzionale. Quindi i principii di diritto non s'oppongono a che siano estese alla moglie le obbligazioni che il marito contrae per un delitto o un quasi-delitto, mentre il senso morale si ribella al pensiero che un crimine imponga una obbligazione qualsivoglia alla moglie che ne è innocente (1).

Art. 2. — Diritti della moglie.

60. La moglie ha dei diritti durante la comunione. Essa è associata in virtù della convenzione tacita che ha costituito la comunione legale, ma è un'associata senza diritti attuali. In questo senso Dumoulin diceva ch'essa non era associata, ma che aveva soltanto la speranza di divenirlo. Pothier sviluppa questa idea scrivendo: « Il diritto della moglie sui beni della comunione non è, finchè questa dura, che un diritto informe, poichè non soltanto essa non può da sola e per sè medesima disporre menomamente della parte che le spetta, ma è il marito il quale, come capo della comunione, possiede da solo, finchè essa dura, il diritto di disporre, come di cosa propria, di tutti gli effetti che la compongono, tanto per la parte della moglie quanto per la sua. Il diritto della moglie si riduce dunque, finchè dura la comunione, ad una *semplice speranza* di dividere i beni che la comporranno il giorno dello scioglimento. Non è che allo scioglimento della comunione che il diritto della moglie si verifica e diviene un diritto vero ed effettivo di proprietà della metà di tutti i beni che la compongono » (2). Pothier dice

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 133, n. 838, e gli autori che citano. In senso contrario, Aubry e Rau, t. V, p. 333, e n. 27, § 509, e le autorità che citano. Bisogna aggiungervi Colmet de Santerre, t. VI, p. 156, n. 68 *bis* IV. Noi non conosciamo che una sola sentenza formale sulla nostra questione, ed è favorevole all'opinione che combattiamo. Douai, 30 gennaio 1840 (Dalloz, alla voce *Contrat de mariage*, n. 977).

(2) Pothier, *Della comunione*, n. 497.

questo nel primo numero della rubrica intitolata: *Del diritto della moglie sui beni della comunione.* Quale è questo diritto? Il relatore del Tribunato risponde « che, fin quando esiste la comunione, la moglie non ha alcun diritto nè nell'amministrazione, nè nella disposizione dei beni che la compongono » (1).

La lettera del codice è in armonia colla tradizione. A termini dell'art. 1321, il *solo* marito amministra i beni della comunione. La moglie dunque non vi concorre. Non avendo il diritto di consentire, essa non ha neppur quello di fare opposizione agli atti del marito. Così è delle alienazioni. Il marito può disporre a titolo oneroso dei beni della comunione senza il concorso della moglie. Il marito è signore e padrone, usa ed abusa. La moglie non ha altro mezzo d'impedire la cattiva amministrazione del marito che di mettervi fine domandando lo scioglimento della comunione. Essa non ha diritto nemmeno ad una indennità quando il marito ha dissipato i beni. Il marito ha piena facoltá di perdere i beni comuni. Egli non è responsabile della propria gestione, nè de' suoi abusi di potere. Egli ha il diritto d'abusare, poichè è signore e padrone (2).

61. La moglie ha almeno diritto di agire quando il marito si trova nell'impossibilità di farlo? Per regola generale, no. Il marito è interdetto. Chi amministrerà la comunione? Il tutore, e quindi la moglie, se è tutrice e quale tutrice. Se non è tutrice, essa non ha alcun diritto. Quando si tratta di maritare un figlio comune, nulla pare più naturale che di trasferire alla moglie il diritto di dotarlo, poichè l'obbligazione di dotare è comune ad entrambi i coniugi in quanto costituisce un debito naturale. Tuttavia il codice dice che la dote o l'anticipazione d'eredità e le altre convenzioni matrimoniali saranno regolate da una deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale (art. 511). Se il marito è assente, nel senso legale della parola, l'amministrazione della comunione non passa alla moglie, malgrado la probabilità della morte. Abbiamo esposto, al titolo dell'*Assenza*, le misure che il legiślatore ha prescritte per conciliare i diritti dell'assente con quelli della moglie (3).

62. Contuttociò la moglie non è assolutamente senza diritto, come pare che dica Duveyrier. In caso d'assenza, la moglie può impegnare i beni della comunione pel collocamento de' suoi figli, mediante autorizzazione giudiziale. Se può obbligare la comunione, gli è perchè è associata, e quindi comproprietaria. Essa obbliga la comunione anche quando agisce coll'autorizzazione maritale. Non è il marito che l'obbliga, perchè egli non partecipa al contratto e solo vi interviene per autorizzare la moglie incapace. È dunque è la moglie, e quindi essa è associata e proprietaria.

---

(1) Duveyrier, Relazione, n. 18 (Locré, t. VI, p. 418).
(2) Pothier, *Della comunione*, n. 470.
(3) Rodière e Pont, t. II, p. 154, n. 861.

La moglie ha una gran parte nel nostro regime anche come mandataria del marito. Essa obbliga il marito e, per conseguenza, la comunione. Ecco perchè Pothier tratta del diritto della moglie sui beni della comunione, e noi dobbiamo fare come lui.

§ I. — *Dei debiti contratti dalla moglie senza autorizzazione.*

63. L'art. 1426 stabilisce che « gli atti compiuti dalla moglie senza il consenso del marito, fosse pure coll'autorizzazione giudiziaria non impegnano i beni della comunione ». Perchè la moglie non ha il diritto d'obbligare la comunione? Sta il principio che chi obbliga la sua persona obbliga i suoi beni (art. 2092, legge ip. art. 7 e 8). Se la moglie non obbliga i beni della comunione, gli è perchè non sono nel suo dominio. Essi appartengono al marito, che *solo* ha il diritto di amministrarli e di disporne. Ciò pare in contraddizione con quello che abbiamo detto testè (num. 62), ma, in questa materia, non vi ha una verità assoluta, e quando gli interpreti scrivono, gli uni che la moglie è associata, gli altri che non lo è, bisogna intendere queste proposizioni con una riserva. La moglie è associata, ma senza diritto attuale, salvo nei rari casi in cui la legge le permette d'impegnare la comunione. Di regola la moglie, obbligandosi, non vincola la comunione, quand'anche si obbligasse coll'autorizzazione giudiziaria. L'autorità giudiziaria non interviene che per sanare l'incapacità della moglie. La moglie autorizzata diviene capace di obbligarsi, ma non può obbligare che il suo patrimonio, ossia la nuda proprietà dei suoi beni proprii. Quanto al godimento, esso spetta al marito come capo della comunione, e l'autorità giudiziaria non può autorizzare la moglie ad obbligarsi in modo da impegnare i beni della comunione. Il solo marito ha il diritto di disporne sia direttamente che indirettamente.

64. Per principio la moglie non ha il diritto d'obbligare la comunione che col consenso del marito. Ne abbiamo già esposta la ragione altrove (vol. XXI, num. 429). Dunque, quando la moglie si obbliga senza consenso del marito, la comunione non è tenuta ai suoi impegni. Ora, vi hanno obbligazioni le quali, per loro natura, sono contratte senza il consenso del marito. Tali sono i quasi-contratti, i delitti e i quasi-delitti. Tutti questi impegni si formano senza convenzione, vale a dire senza il concorso del consenso. Quando la moglie è obbligata in virtù del quasi-contratto di gestione d'affari, lo è in virtù della legge, senza avervi acconsentito. Tanto meno è chiamato il marito a consentire od a rifiutare il suo consenso. Quindi la comunione non potrebbe essere obbligata.

65. Quanto ai delitti criminali, l'art. 1424 dispone che le multe incorse dalla moglie non possano essere esatte finchè dura la

comunione, fuorchè sulla nuda proprietà dei suoi beni personali. Pei delitti criminali, come pei delitti civili, non interviene un concorso di consenso. La moglie, autrice del delitto, lo commette, invero, volontariamente. In questo senso, essa è obbligata per sua volontà. Ma, restando il marito estraneo al delitto, ne risulta che la comunione non rimarrebbe obbligata, poichè non può esserlo che col consenso del marito. La moglie sola è tenuta a tutte le conseguenze del suo delitto, e vi è tenuta, al pari di ogni debitore, sui suoi beni, e quindi, come dice l'art. 1424, sulla nuda proprietà dei suoi beni proprii. E' l'effetto che producono le obbligazioni della moglie quando il marito non consente.

L'art. 1424 non parla dei risarcimenti civili. Lo stesso principio deve ricevere la sua applicazione a tutte le conseguenze del delitto. Se le multe possono essere esatte sui beni della moglie, deve accadere altrettanto dei risarcimenti civili. Secondo l'opinione che abbiamo professato intorno al significato dell'articolo 1424, non vi ha dubbio, perchè noi consideriamo questo articolo come un'applicazione d'un principio generale. Coloro, al contrario, i quali sostengono ch'esso consacri un'eccezione, che sia restrittivo, dovrebbero, per essere conseguenti, ammettere che è restrittivo tanto per la moglie quanto per il marito, perchè i termini non sono diversi (1). Ma l'interpretazione restrittiva condurrebbe ad una conseguenza assurda, che la parte lesa dal delitto non avrebbe alcuna azione sui beni della moglie durante la comunione. Bisogna dunque per forza riconoscere che l'articolo 1424 deve essere interpretato coi principii generali di diritto.

66. Supponiamo che il marito autorizzi la moglie a difendersi dall'azione pubblica o civile spiegata contro di lei. Questa autorizzazione avrà l' effetto di dare azione al creditore contro il marito, vale a dire contro la comunione? La domanda ci pare strana. Quanto all'azione pubblica, la moglie non ha bisogno d'essere autorizzata, e quindi l'autorizzazione che le fosse data non potrebbe sortire alcun effetto. Se l'azione spiegata contro la moglie dalla parte lesa è puramente civile, essa dev'essere autorizzata per stare in giudizio. Si dice che questa autorizzazione obbliga il marito e la comunione. Ritorneremo più avanti sulla questione di principio, la questione cioè se l'art. 1419 si applichi alle condanne giudiziarie pronunciate contro la moglie che è scesa in giudizio coll'autorizzazione maritale. La questione del delitto criminale è speciale, poichè una formale disposizione dichiara che il creditore non ha azione contro la comunione. Eppure si insegna che l'autorizzazione del marito ha per effetto di obbligar lui e la comunione. Perchè? Perchè il fatto d'autorizzare la moglie a difendersi implica il concetto che

(1) Vedi più sopra, n. 59

la comunione abbia ricavato un vantaggio dal delitto, vantaggio che il marito vuol conservare autorizzando la moglie a stare in giudizio. Supponiamo che il marito abbia una simile idea. Basterebbe che lasciasse la moglie scendere in causa coll'autorizzazione giudiziaria, il che non l'esporrebbe alla eventualità di perdere la lite. Ma non comprendiamo come si presuma che il marito voglia addossarsi questa eventualità. Chè se anche lo volesse, non lo potrebbe. Può egli obbligare la comunione per un delitto della moglie, quando la legge dice che la comunione non sarà obbligata? Si soggiunge: Tuttavia la *presunzione* non è *assoluta*. Il marito potrà distruggerla colla prova contraria, nel qual caso, pur restando obbligato riguardo al creditore, avrebbe diritto ad un compenso contro la moglie (1). Così si comincia coll'inventare una presunzione che la legge ignora, poi si vuol riconoscere che questa pretesa presunzione non è assoluta e si permette al marito di dare la prova contraria. Ma è l'interprete che parla o è il legislatore? È l'interprete che si fa legislatore, perchè la legge sola può creare presunzioni ammettendo o rifiutando la prova contraria. Noi segnaliamo questi errori, allo scopo di giustificare i tanti volumi che scriviamo per stabilire i principii. Si vede come i principii più elementari sono disconosciuti anche dagli autori più rinomati.

67. Al titolo delle *Obbligazioni* abbiamo detto che il marito è, in certi casi, civilmente responsabile dei delitti commessi dalla moglie (t. XX, n. 601). È una responsabilità affatto eccezionale, e, per questo motivo, non può andare estesa oltre i limiti nei quali le leggi speciali la restringono. Qualche tribunale di pace ha condannato il marito come civilmente responsabile di ogni sorta di delitti commessi dalla moglie, assimilando la moglie ad un figlio minorenne. L'errore è evidente. Una di queste decisioni, deferita alla Corte suprema nell'interesse della legge, venne cassata (2).

Quando il marito è civilmente responsabile, il debito diventa un debito di comunione, in forza del principio generale che ogni debito del marito è debito della comunione. Sarebbe lo stesso se il marito fosse coautore o complice del delitto o del fatto dannoso. La Corte di cassazione ha applicato questo principio al caso seguente. Muore una persona lasciando un testamento in favore del nipote. Qualche mese prima della morte, la moglie del legatario si era recata presso l'ammalato per assisterlo. Dopo la sua morte, gli si trovò indosso una carta che quella donna lacerò. Una nipote del defunto pretese che lo scritto stracciato contenesse una revoca del testa-

(1) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 75, n. 783, secondo ZACHARIAE, MASSÉ e VERGÉ, e TROPLONG.

(2) Cassazione, sezione criminale, 18 novembre 1824 (DALLOZ, alla voce *Contrat de mariage*, n. 987). Confronta le sentenze riportate da DALLOZ, alla voce *Contrat de mariage*, n. 987, 989, 991.

mento e reclamò, per questo titolo, danni ed interessi contro il legatario e la moglie di lui. Il marito dichiarò di non aver autorizzato la moglie a lacerare lo scritto e di ignorare persino il fatto. Ciononostante la Corte di Rouen condannò i due coniugi a pagare in solido all'attrice, a titolo di danni ed interessi, una rendita vitalizia di mille e cinquecento lire. Prodotto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. Le due decisioni ci sembrano molto mal motivate quanto alla responsabilità del marito. Non era dimostrato che questi fosse complice della lacerazione. Il solo motivo che dà la Corte è che la moglie era stata preposta, col consenso del marito, alla casa del defunto, e che aveva agito nell'interesse del marito, legatario universale (1). Ma era una falsa applicazione dell'art. 1384. La moglie incaricata di assistere l'ammalato non era stata preposta dal marito, ma da colui che l'aveva incaricata di assisterlo, e quindi dall'ammalato. Quanto all'interesse del legatario, non bastava certo per renderlo responsabile.

68. Diciamo che l'interesse del marito non basta per renderlo responsabile d'un delitto della moglie. Diversa è la questione di sapere se la comunione rimanga obbligata quando approfitta d'una obbligazione contratta dalla moglie, quantunque non autorizzata. Pothier pone il principio che, quando la moglie si obbliga coll'autorizzazione giudiziaria, dietro il rifiuto del marito, la comunione è obbligata fino a concorrenza del profitto che ha ricavato dall'affare. Egli dà come esempio il fatto della moglie che faccia valere i suoi diritti successorii coll'autorizzazione giudiziale. Se il marito raccoglie i beni, la comunione sarà obbligata fino a concorrenza di quanto ha approfittato. La consuetudine d'Orléans conteneva in proposito una espressa disposizione: « Tuttavia il marito sarà tenuto a conferire ciò che avrà preso e ricevuto in causa dei diritti e delle azioni fatti valere dalla detta sua moglie » (2). Questa dottrina venne implicitamente consacrata dal codice civile (art. 1416). Essa è fondata sulla considerazione d'equità che non permette di avvantaggiarsi a spese altrui. È quello che gli interpreti chiamano l'azione *de in rem verso*. Noi ne abbiamo parlato nel titolo dei *Quasi-contratti* e vi ritorneremo sopra al titolo della *Società*. Sta il principio, come diremo, che la società è tenuta alle obbligazioni che uno dei soci ha contratto senza mandato quando l'obbligazione è tornata a suo profitto. Ciò che è vero della società ordinaria lo è anche della comunione.

La Corte di cassazione ha applicato questi principii nel caso seguente. Viene devoluta ad una donna maritata una successione mobiliare. Essendosi la successione aperta in luogo molto lontano dal domicilio dei coniugi, la moglie vi mandò, di sua

---

(1) Rigetto, 27 febbraio 1827 (DALLOZ, alla voce *Contrat de mariage*, n. 992).
(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 255.

testa, un uomo d'affari incaricato di vegliare a che i beni non fossero dilapidati. Alla liquidazione della comunione la moglie domandò che si portassero al passivo trecento lire reclamate dal mandatario. La domanda della moglie fu contestata, avendo essa agito senza autorizzazione. La Corte d'appello e la Corte di cassazione decisero che la comunione era tenuta a queste spese, poichè ne aveva approfittato (1).

Se la comunione non approfitta dei debiti contratti dalla moglie senza l'autorizzazione del marito, non vi è tenuta. Così dalla dottrina e dalla giurisprudenza è ammesso che la comunione non sia tenuta quando la moglie trasmette, mediante girata, senza autorizzazione del marito, un biglietto all'ordine appartenente alla comunione. La moglie non ha diritto d'obbligare la comunione (2).

§ II. — *Dei debiti contratti dalla moglie autorizzata dal marito.*

N. 1. — Il principio.

69. I debiti contratti dalla moglie col consenso del marito cadono nel passivo della comunione (art. 1409, 2.°). Ne segue che i creditori possono richiedere il pagamento dei debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, prima sui beni della moglie, poscia su quelli della comunione ed infine su quelli del marito (art. 1419).

Che cosa è l'autorizzazione maritale e come vien data? Abbiamo già esposta questa materia nel primo libro, che ne è la sede. Bisogna applicare alla comunione i principii generali, poichè la legge non vi deroga. Sembra però che l'art. 1426 vi faccia eccezione in quanto riguarda la moglie pubblica mercantessa. Dopo aver detto che gli atti compiuti dalla moglie senza il consenso del marito, ed anche coll'autorizzazione giudiziaria, non impegnano la comunione, la legge soggiunge: « Se non quando contratta come pubblica mercantessa e per il fatto del suo commercio ». Ciò significa, pare, che la moglie, pubblica mercantessa, obblighi la comunione senza l'autorizzazione del marito. La legge si esprime male. La stessa inesattezza si riscontra nell'art. 220, il quale dice in termini ancora più formali: « La moglie, se è pubblica mercantessa, può, senza l'autorizzazione del marito, obbligarsi per quanto concerne il suo commercio e in tal caso obbliga anche il marito se vi ha comunione fra loro ». Di modo che il marito sarebbe obbligato e, per conseguenza, sarebbe obbligata la comu-

(1) Cassazione, 3 febbraio 1830 (DALLOZ, alla voce *Contrat de mariage*, n. 616).

(2) RODIÈRE e PONT, t. II, n. 779. Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, alla voce *Contrat de mariage*, n. 985.

nione senza il consenso del marito. È evidente che tale non può essere il significato della legge. Il vero si è che la moglie pubblica mercantessa non ha bisogno d'un'autorizzazione speciale per obbligarsi ed obbligare la comunione, essendo considerata dalla legge sufficiente l'autorizzazione generale datale dal marito perchè possa esercitare il commercio. Rimandiamo a quanto si è detto nel primo libro.

70. In qual senso la moglie autorizzata obbliga il marito? È questi debitore personale? Per principio, chi autorizza non si obbliga. Dunque il marito che autorizza la moglie non è debitore personale. Il marito non parla nel contratto; chi promette è la moglie: essa dunque è la debitrice. Si dirà che si fa eccezione al principio quando i coniugi sono in comunione di beni? Vi ha effettivamente un'eccezione, ma bisogna vedere quale ne siano la portata e il valore. Poichè l'eccezione riguarda la comunione è nel titolo del *Contratto di matrimonio* che bisogna cercarne la spiegazione. L'art. 1409, n. 2, dice che la comunione si compone passivamente dei debiti *contratti dalla moglie* col consenso del marito. È la moglie che contrae, è la moglie che è debitrice. Soltanto, essendo il debito contratto coll'autorizzazione maritale, la legge lo fa cadere nel passivo della comunione. L'art. 1409 non dice che il marito sia debitore. Esso distingue, al contrario, i debiti contratti dal marito da quelli che contrae la moglie col consenso del suo coniuge. Viene poi l'art. 1419, il quale permette ai creditori di richiedere il pagamento dei debitti contratti dalla moglie col consenso del marito tanto su tutti i beni della comunione quanto su quelli del marito o della moglie. Perchè i creditori hanno azione sui beni del marito, quantunque il marito non sia intervenuto nel contratto? È una conseguenza del principio stabilito dall'art. 1409. Il debito della moglie autorizzata entra nel passivo della comunione. Ora, per tutti i debiti della comunione possono essere escussi i beni del marito, giacchè i beni del marito e quelli comuni non formano che un sol patrimonio per tutto quanto concerne gli atti a titolo oneroso. Il creditore che ha azione sul patrimonio della comunione ha dunque necessariamente azione sul patrimonio del marito, come il creditore che ha azione sui beni del marito ha azione su quelli della comunione. In questo senso si dice che ogni debito della comunione è un debito del marito e che ogni debito del marito è debito della comunione. Infine, se il marito può essere escusso sui suoi beni personali quando autorizza la moglie a contrattare, ciò non avviene mica perchè egli sia debitore personale. È impossibile essere debitore personale senza aver preso parte al contratto. Ora, il marito, il quale consente alla moglie di obbligarsi, non obbliga sè stesso, e quindi non è debitore personale. Egli è obbligato sui suoi beni, perchè si confondono con quelli della comunione, e perchè la comunione è tenuta ai debiti che la moglie ha contratti col di lui consenso. Ma la con-

fusione dei due patrimonii cessa allo scioglimento della comunione. Da quel giorno il marito cessa d'essere tenuto sui suoi beni ai debiti che la moglie ha contratti colla sua autorizzazione, nel senso ch'egli non vi è tenuto che come coniuge in comunione di beni, vale a dire per la metà. Non vi è tenuto come debitore personale, perchè non lo è mai stato. Ritorneremo su questo punto che è molto controverso (1).

71. La questione si presenta anche durante la comunione, nel caso che la moglie fallisca. Supponiamo ch'essa ottenga un concordato che le rimetta la metà dei debiti. Possono i creditori escutere la comunione e il marito per l'altra metà che resta loro dovuta? Secondo la nostra opinione, i creditori non hanno azione personale che contro la moglie. Quanto al marito, egli è tenuto al debito della moglie sui beni comuni e sui suoi beni personali, ma non può essere obbligato oltre quanto deve la moglie. Quando dunque la moglie è liberata, il marito cessa d'essere obbligato. Ora, la moglie è liberata col concordato. La Corte di Parigi ha giudicato che il marito rimaneva obbligato riguardo ai creditori. Essa parte dal principio che il marito è tenuto personalmente ai debiti che la moglie contrae come pubblica mercantessa (2). Se si ammette il principio, la conseguenza è evidente. Ma la conseguenza non depone forse contro il principio? La moglie sola è intervenuta nel contratto, essa sola ha promesso, essa è liberata dal concordato. E il marito, il quale non è obbligato che in forza dell'impegno della moglie senza essere intervenuto nel contratto, sarebbe obbligato indefinitamente! Il marito non si è obbligato personalmente, egli è obbligato solo perchè è obbligata la moglie. Dal momento che questa non può più essere escussa, non si comprende come il marito resti obbligato.

72. Si è presentata la questione inversa. Il marito cade in fallimento e ottiene un concordato che gli rimette l'ottanta per cento. È certo che i creditori conservano integra la loro azione contro la moglie, se questa è loro debitrice personale. Essa non può invocare un condono che non le è stato accordato. Quest'azione personale dei creditori contro la moglie reagirà contro il marito come capo della comunione? La giurisprudenza è divisa. Noi crediamo, colla Corte di Parigi, che il condono fatto al marito liberi necessariamente la comunione. Il marito non è obbligato che sui proprii beni. Liberare il marito vuol dire liberare i suoi beni. Ora, questi beni comprendono non solo il suo patrimonio personale, ma anche il patrimonio della comunione. Dunque i creditori non possono più agire sui beni della comunione. Non si concepisce nemmeno la possibilità di questa

(1) Generalmente si insegna l'opinione contraria. DEMOLOMBE dice non essere dubbio che il marito non sia personalmente obbligato (t. III, p. 408, n. 310).
(2) Parigi, 19 febbraio 1845 (DALLOZ, 1845, 4, 89).

azione. I beni del marito e i beni comuni non costituiscono che un patrimonio solo. Quelli che hanno azione sugli uni hanno azione sugli altri, ma, viceversa, se non hanno più azione sui beni del marito, non possono avere azione sui beni della comunione, poichè i beni della comunione sono beni del marito (1). La Corte di Lione si è pronunciata per l'opinione contraria. Essa suppone che la comunione formi un ente morale distinto dalle persone dei coniugi. Secondo questa opinione si comprende che sia liberato il marito e non lo sia la comunione. Noi abbiamo respinto il principio, e quindi dobbiamo rigettare anche la conseguenza. E la conseguenza attesta contro il principio. Se la comunione è un ente fittizio distinto dal marito e dalla moglie, i debiti del marito non dovrebbero divenire debiti di quest'ente morale, come i debiti della comunione non dovrebbero essere quelli del marito. La confusione dei debiti, quando vi fossero persone distinte che ne rispondessero, sarebbe una strana anomalia. Ora, il codice è ben lontano dal sancirla. Se stiamo al testo della legge, ogni difficoltà sparisce. Non vi ha che un solo patrimonio gravato dei debiti del marito e di quelli della comunione. Il creditore che non ha più azione sopra una quota del patrimonio non può averne contro l'altra (2).

73. Il principio che i debiti contratti dalla moglie coll'autorizzazione maritale obbligano il marito non è applicabile che alla comunione. Esso non si estende agli altri sistemi. Questo punto è però controverso. Ne riparleremo trattando delle diverse regole matrimoniali. Pel momento ci basta stabilire il principio, cosa questa assai facile. La regola è che colui che autorizza non s'obbliga. Questa regola soffre eccezione quando i coniugi sono in comunione di beni (articoli 220, 1409, 1419, 1426). L'eccezione si fonda sulla confusione dei beni della comunione coi beni personali del marito. Essa non si concepisce più quando non vi ha comunione. In diritto bisogna dire che si rientra nella regola dal momento che non si è più nei termini dell'eccezione. E la regola è che colui il quale autorizza non si obbliga. La soluzione è anche perfettamente razionale. Come potrebbe mai ritenersi il marito obbligato per un debito che non ha contratto?

N. 2. — Le eccezioni.

74. Quando la moglie accetta una successione immobiliare, col consenso del marito, si obbliga al pagamento dei debiti coll'autorizzazione maritale. Essa dovrebbe dunque obbligare la

---

(1) Parigi, 24 gennaio 1855 (Dalloz, 1856, 2, 110).

(2) Lione, 23 luglio 1858 (*Sirey*, 1859, 2, 615). In senso contrario, Rodière e Pont, t. II, p. 80, n. 787, e Aubry e Rau, t. V, p. 338, n. 42.

comunione nel senso che i creditori dovrebbero avere il diritto di esigere il pagamento sui beni comuni in forza della regola stabilita dagli articoli 1409 e 1419. L'art. 1413 fa eccezione alla regola accordando azione ai creditori soltanto sui beni personali della moglie. Abbiamo detto altrove quale sia il fondamento di questa eccezione. Essendo la successione puramente immobiliare, i debiti contratti dal defunto si trasmettono coi suoi beni alla moglie erede. Beni e debiti sono estranei alla comunione. Se il marito interviene autorizzando la moglie, non lo fa per obbligarsi verso i creditori. Egli non s'obbliga mai autorizzando la moglie. Non vi era dunque alcun motivo per obbligare la comunione (t. XXI, n. 453).

75. Generalmente si ammette che l'art. 1432 contiene una seconda eccezione. Esso dispone: « Il marito che garantisce in solido o altrimenti la vendita fatta dalla moglie di un immobile personale ha parimenti, quando sia chiamato a rispondere della fatta garanzia, un regresso contro di lei, sia sulla sua parte nella comunione, sia sui suoi beni personali ». In qual senso questa disposizione deroga alla regola degli articoli 1409 e 1419? La regola accorda azione al creditore contro la comunione. Essa decide dunque una questione d'obbligazione. L'art. 1432 non parla dell'obbligazione della comunione. Esso dà al marito un regresso, un compenso, ossia decide una questione di contribuzione. Così i due articoli hanno un oggetto diverso. Difficilmente quindi si comprende come l'uno deroghi all'altro.

Ecco in qual modo si ragiona per trovare una deroga. La moglie vende un immobile personale. Essa è tenuta alla garanzia. Il marito concorre alla vendita per autorizzare la moglie. Sarà egli tenuto alle obbligazioni della moglie, vale a dire alla garanzia? No, egli non sarà tenuto se non nel caso che prometta la garanzia. Gli è quanto dire che, se autorizza semplicemente la moglie, non sarà obbligato a nulla. È questo, a nostro avviso, un pessimo ragionamento. Si attribuisce alla legge ciò ch'essa non dice. La legge dispone che il marito il quale garantisce ha diritto ad un compenso, e le si fa dire invece che il marito non è *tenuto* alla garanzia, se non nel caso che l'abbia promessa. Si confondono così due ordini di concetti ben diversi: la questione cioè se il marito e la comunione sono *tenuti* alla garanzia, e quella di sapere se hanno un *regresso* nel caso che siano chiamati a risponderne. Da quanto dice la legge, che il marito ha un regresso, in caso di garanzia, consegue evidentemente, egli è vero, che la comunione è obbligata, ma non ne consegue che la comunione non sia obbligata se non nel caso che il marito garantisca, e che non lo sia se il marito si limita ad autorizzare. La conseguenza che si deduce dalla legge è forzata, è un ragionamento *a contrario* della peggiore specie, poichè argomenta dal silenzio della legge, mentre questa ha un oggetto tutto diverso da ciò di cui si tratta.

Si dirà che, secondo la nostra opinione, non si spiega per qual motivo la legge parli della garanzia. Perchè, se la comunione è obbligata per l'autorizzazione, a maggior ragione lo è per la garanzia. Infatti, la disposizione è inutile. La moglie che vende si obbliga alla garanzia. Il marito, autorizzandola a vendere, è tenuto a quest'obbligo sui beni della comunione e sui suoi beni personali, ed ha diritto ad un compenso, poichè l'obbligo concerne un bene personale della moglie. Bastavano dunque i principii generali per decidere la questione nel senso che noi diamo all'art. 1432. Ma che importa? Molte disposizioni vi sono nel codice le quali non fanno che applicare un principio e che, in questo senso, sono inutili. Ma è questa una ragione per far dire loro diversamente da quello che dicono? L'art. 1432 contiene un'espressione che si concilia perfettamente colla nostra interpretazione. Esso dispone che il marito il quale garantisce in solido *o altrimenti* la vendita ha un regresso. Che cosa significano queste parole *o altrimenti*? Esse si applicano a tutti i casi in cui il marito è tenuto all'obbligo di garantire. Ora, secondo il diritto comune, egli vi è tenuto quando autorizza la moglie a vendere. Dunque il caso che si suppone escluso è compreso nel testo.

Infine, non è esatto l'affermare, come si fa, che la pretesa eccezione dell'art. 1432 ha lo stesso fondamento di quella dell'articolo 1413, vale a dire che la natura stessa dell'affare dimostra come esso sia estraneo alla comunione. Perciò, si conclude, la presunzione su cui è fondata la regola dell'art. 1419 viene meno. Non si può presumere che il marito autorizzi la moglie a vendere nell'interesse della comunione e del marito, poichè si tratta della vendita d'un bene proprio della moglie il cui prezzo resterà egualmente proprio della moglie. Rispondiamo che i fatti smentiscono questo ragionamento. Quando vende la moglie i suoi beni proprii? Il più delle volte li vende nell'interesse del marito e quindi della comunione. E poichè la vendita si fa a vantaggio della comunione, è giusto che questa sia tenuta alle obbligazioni che ne risultano (1).

Qual'è, secondo l'opinione generale, l'effetto dell'autorizzazione che il marito dà alla moglie d'alienare, senza ch'egli si obblighi alla garanzia? Si applica per analogia la disposizione dell'articolo 1413. Il compratore non avrà azione contro la comunione, ma potrà conseguire i danni-interessi che gli spettano sulla piena proprietà dei beni della moglie (2). Così si applica per analogia una disposizione eccezionale ed anche arbitraria, perchè, se il marito non è obbligato in causa della sua autorizzazione, il credi-

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 110, n. 41 *bis* XXIII. Bellot des Minières, t. I, p. 510. In senso contrario, Rodière e Pont, t. II, p. 77, n. 785, e le autorità che citano.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 338, § 509.

tore non dovrebbe aver azione sull'usufrutto dei beni della moglie, facendo questo usufrutto parte della comunione, vale a dire dei beni del marito. Se la legge accorda azione ai creditori sull'usufrutto nel caso dell'art. 1413, gli è perchè presume che tale sia l'intenzione del marito. L'interprete non ha facoltà di estendere le presunzioni. La conseguenza attesta ancora una volta contro la dottrina da cui deriva.

76. Secondo la nostra opinione, il principio dell'art. 1419 non soffre che una sola eccezione, quella che il legislatore consacra nell'art. 1432. Ammettendo che ve ne sia una seconda nel caso dell'art. 1413, sorge la questione di sapere se l'interprete possa ammetterne altre procedendo sempre per via analogica. Rodière e Pont rispondono che in tal guisa si verrebbe a creare e non ad interpretare la legge (1). È la risposta che noi abbiamo dato ben di sovente quando gli interpreti invocano ragioni di analogia per estendere presunzioni o disposizioni eccezionali. Ora, nella specie, si tratta di un'eccezione ad un principio fondamentale del regime della comunione. Troplong lo ammette, ma ogni regola, egli dice, ha le sue eccezioni. Senza dubbio, ma chi ha il diritto di stabilire queste eccezioni? Il solo legislatore. Troplong sembra riconoscere anche questo: Quando la comunione non ritrae alcun interesse dall'atto autorizzato, egli scrive, *la legge ha dovuto vegliare* a che si abolisse, nei casi particolari, il principio dell'art. 1419. *La legge ha dovuto vegliare!* Occorre dunque una legge. Eppure nello stesso numero e quasi nella stessa frase, nella quale afferma che la legge avrebbe dovuto accogliere delle eccezioni, Troplon ne ammette una del tutto ignorata dal codice (2). Ritorneremo sull'argomento.

Duranton parla almeno più giuridicamente. L'art. 1419, egli dice, è fondato sulla presunzione che il debito sia stato contratto nell'interesse della comunione, ma quando questa presunzione non può essere applicata, perchè l'affare concerne unicamente l'interesse della moglie, la ragione per cui la comunione è obbligata cessa e, cessando la ragione della legge, anche la legge deve cessare di produrre il suo effetto (3). Colmet de Santerre ha risposto benissimo a questa argomentazione. L'art. 1419 come pure l'art. 1409, i quali stabiliscono la regola che la moglie autorizzata dal marito obbliga la comunione, aggiungono: Salvo il compenso dovuto alla comunione. Essi suppongono dunque che la comunione è obbligata, quantunque il debito sia stato contratto nell'interesse personale della moglie, perchè è in questo caso che vi ha luogo a compenso (art. 1437). Perciò, sebbene un debito sia contratto nell'interesse della moglie, si rimane tuttavia nella regola. Quando

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 78, n. 781.
(2) Troplong, t. II, p. 268, n. 846.
(3) Duranton, t. XIV, p. 348, n. 248.

se n'esce? Non vi sono eccezioni che nei casi in cui la legge crede bene di stabilirne. Questa interpretazione, fondata sul testo e sui principii, è anche razionale. Come abbiamo detto testè a proposito dell'art. 1413, l'interesse della comunione e quello del marito si collegano d'ordinario all'interesse della moglie. La legge non poteva dunque porre per principio che l'obbligazione contratta dalla moglie autorizzata dal marito non cade a carico della comunione quando concerne un affare della moglie, perchè l'affare può al tempo stesso interessare il marito e la comunione. Ne sarebbe risultato un grave danno pei terzi. Essi non avrebbero mai saputo in modo certo, contrattando colla moglie autorizzata, se hanno per debitore la moglie sola, o se hanno azione anche contro il marito e la comunione. Il sistema della legge, come è interpretato da noi, previene queste incertezze e questi pericoli. Vi ha una regola generale e quasi assoluta, poichè non soffre che una o due eccezioni. Fuori del caso dell'art. 1413 e dell'art. 1432 (secondo l'opinione generale), si rientra nella regola. Il creditore avrà sempre azione contro la comunione, salvo compenso, se del caso (1).

77. La madre dota un figlio coll'autorizzazione del padre. Questo debito entra nella comunione nel senso che il figlio abbia azione contro la comunione e contro il padre? Secondo la nostra opinione, è applicabile l'art. 1419, per la ragione decisiva che la legge non fa alcuna eccezione riguardo alla dote. Vi ha una sentenza in questo senso. Il tribunale di prima istanza aveva giudicato che il principio stabilito dagli articoli 1409 e 1419 non era applicabile alla dote, giacchè questo atto non può essere pel marito occasione di beneficii fraudolenti. Il tribunale confondeva ogni cosa: la questione di sapere se l'atto è fatto in frode della moglie e la questione relativa al compenso, la questione relativa al compenso e quella relativa all'obbligazione. La decisione venne riformata in appello. La Corte di Rouen si limita a dire che l'art. 1419 costituisce il diritto comune, e il diritto comune dev'essere applicato in tutti i casi in cui non vi sia derogato dalla legge o dalle convenzioni delle parti. Ciò è decisivo (2).

Troplong professa l'opinione contraria. Egli ama ricorrere all'antico diritto. La tradizione ha, infatti, una grande autorità purchè sia costante e venga interpretata con criterio. Diversamente vi si può trovare tutto ciò che si vuole, come nei lavori preparatorii. Nella specie, Troplong invoca l'opinione di Lebrun e di Pothier. Ora accade, dicono Aubry e Rau, che l'eminente magistrato ha mal compreso i passi che cita. Si tratta di sapere se la comunione è tenuta a riguardo del figlio, mentre Lebrun e Pothier domandano se il marito ha diritto ad un compenso.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 111, n. 41 *bis* XXV.
(2) Rouen, 27 maggio 1854 (Dalloz, 1854, 2, 248).

come supporre che è obbligata a pagare. Ci limitiamo a riportare le parole di Pothier, perchè il passo è breve e chiaro. La madre dota il proprio figlio. Essa sola è parte nel contratto; il padre non interviene che per autorizzare la moglie. Non si può dire, in questo caso, che il marito abbia dotato: unica debitrice della dote è la donna. Ecco le parole che trassero in inganno Troplong. Esse sono pienamente giuridiche, poichè il marito il quale si limita ad autorizzare non è debitore. Diversa è la questione di sapere se il figlio abbia azione contro la comunione. Pothier aggiunge che quello che la moglie ha tolto dalla comunione per la dote deve esserle prenotato sulla sua parte nella comunione e, in caso di rinuncia, sui suoi beni proprii (1). È una questione di contribuzione. Perchè possa sollevarsi bisogna che la comunione abbia pagato la dote, nel che è implicato che il figlio ha azione contro la comunione.

78. Una moglie accetta, col consenso del marito, una donazione immobiliare con un onere. La comunione è tenuta a quest'onere? Non vi ha dubbio che l'onere debba essere sopportato dalla moglie, poichè essa sola profitta della donazione. Ma diversa è la questione di sapere se la comunione sia obbligata di soddisfarlo. L'affermativa è certa, poichè nessuna legge fa eccezione alla regola dell'art. 1419. È vero che, trattandosi d'una *donazione universale*, solo la moglie donataria può essere escussa pei debiti che la gravano (art. 1418 e 1413). Ma l'eccezione che la legge consacra quanto ai debiti non può essere estesa agli oneri, e quindi si rimane sotto l'impero della regola dell'art. 1419. Vi ha una sentenza di cassazione in questo senso (2). Nella specie, si poteva dire evidente che l'onere concerneva soltanto la moglie. Si può osservare altresì che l'analogia fra gli oneri e i debiti è indispensabile. Ma questi motivi non prevalgono sopra una regola assoluta, la quale non ammette altre eccezioni che quelle che la legge vi apporta.

79. Gli scrittori discutono la questione se l'esecuzione testamentaria accettata dalla moglie coll'autorizzazione del marito vada soggetta alla regola dell'art. 1419, o se si debba applicarle per analogia l'eccezione dell'art. 1413. A parer nostro, basta porre la questione per risolverla. Duranton la pensa altrimenti. Egli limita il testo dell'art. 1419 collo spirito della legge. La legge, egli dice, ha voluto prevenire le frodi che il marito avrebbe potuto facilmente commettere a danno dei terzi, mettendo avanti la moglie per prendere a prestito od acquistare, o per fare altri analoghi contratti, da cui egli avrebbe ritratto tutti i vantaggi senza assoggettarsi alle obbligazioni che ne

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 659. AUBRY e RAU, t. V, p. 339, nota 46, § 509. In senso contrario, TROPLONG, t. I, p. 362, nn. 1229-1231.

(2) Cassazione, 24 gennaio 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 29), sulla relazione di RENOUARD e sotto la presidenza di TROPLONG.

dovevano risultare. Ora, tutto ciò non si può supporre in una esecuzione testamentaria affidata alla moglie dalla scelta d'un testatore e che non deve mai tornare a profitto del marito (1). È verissimo, ma ciò non toglie che vi sia una regola assoluta alla quale l'interprete non può fare eccezione, e questa regola, riservando il compenso alla comunione, implica anzi che la comunione è obbligata, quantunque non vi abbia alcun interesse.

80. L'autorizzazione di stare in giudizio mette a carico della comunione la somma capitale del debito? Bisogna supporre, perchè sorga la questione, che il debito, di sua natura, non entri nella comunione. Vi entrerà se il marito autorizza la moglie a stare in giudizio? La negativa è così evidente che non si comprende come Zachariae si sia lasciato trarre in errore. Il giudicato non crea il debito, ma si limita a riconoscerne l'esistenza. Il debito resta quello che era prima del giudicato, con tutte le sue conseguenze. Entrerà o non entrerà in comunione, secondo il diritto comune. Ma il fatto che la moglie sta in giudizio dà luogo ad una nuova obbligazione la quale è estranea al debito, l'obbligazione cioè di pagare le spese e i danni ed interessi causati dalla lite. Autorizzando la moglie a stare in giudizio, il marito l'autorizza a contrarre questo nuovo debito e, per conseguenza, bisogna applicare la regola dell'art. 1419. Dottrina e giurisprudenza sono in questo senso (2).

§ III. — *Dei debiti contratti dalla moglie coll'autorizzazione giudiziaria.*

N. 1. — Il principio.

81. L'autorità giudiziaria interviene autorizzando la moglie a contrattare, o nei casi in cui il marito rifiuti l'autorizzazione o non possa darla. In entrambe le ipotesi l'autorizzazione giudiziaria ha lo scopo di sanare l'incapacità della moglie, rendendola abile a contrattare. L'obbligazione che la moglie consente resta dunque sotto l'impero del diritto comune. Essa obbliga la sua persona e i suoi beni. Quali sono questi beni? Sotto il regime della comunione, la moglie non ha altri beni che la nuda proprietà de' suoi proprii. Essa è, a dir vero, comproprietaria dei beni che compongono la comunione, ma questa comproprietà non le attribuisce la facoltà di disporne, poichè il solo marito ha il potere d'alienare i beni comuni e di obbligarli coi debiti che contrae. Donde la conseguenza che l'au-

---

(1) Duranton, t. IX, p. 378, n. 394. In senso contrario, Dalloz, v. *Disposition*, n. 4041.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 329 e note 47 e 48, § 309. Vedi le sentenze nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 998.

torizzazione giudiziaria non spiega alcun effetto a riguardo della comunione. Vi ha dunque una differenza capitale fra l'autorizzazione del marito e l'autorizzazione giudiziaria. Entrambe abilitano la moglie a contrattare e, per conseguenza, ad obbligare i suoi beni, ma il consenso del marito ha inoltre l'effetto di obbligare la comunione, mentre l'autorità giudiziaria non può autorizzare la moglie ad obbligare i beni comuni, di cui il marito è signore durante la comunione. Questa differenza fra l'autorizzazione maritale e quella giudiziaria risulta dai principii, ed è scritta nella legge. L'art. 1419 prevede il caso che la moglie s'obblighi col consenso del marito, e dispone che i creditori possano esigere il pagamento tanto sui beni della comunione quanto su quelli del marito e della moglie. L'articolo 1426 prevede il caso che la moglie s'obblighi coll'autorizzazione giudiziaria, senza il consenso del marito. Questi atti non impegnano i beni della comunione, e quindi il marito non rimane obbligato. I creditori non hanno dunque azione che sui beni personali della moglie, vale a dire sulla nuda proprietà de' suoi beni, come dice l'art. 1410.

82. Questo principio si applica a tutti gli atti che la moglie fa coll'autorizzazione giudiziaria, e quindi anche alle liti. Le spese e i danni ed interessi non possono essere percepiti che sulla nuda proprietà dei beni propri della moglie. Il creditore non ha alcuna azione contro la comunione. L'art. 1426, parla in termini generali degli *atti* compiuti dalla moglie coll'autorizzazione giudiziaria, il che comprende le domande giudiziali. Vi ha d'altronde lo stesso motivo di decidere. La cosa è tanto evidente che torna inutile l'insistervi più a lungo (1).

Non vi ha che un caso nel quale la questione potrebbe parer dubbia, ed è quando l'autorizzazione non può essere accordata che giudiziariamente. Tali sono le domande di divorzio, di separazione di corpo o di beni. Si potrebbe dire che l'autorità giudiziaria sostituisce allora il marito e che la sua autorizzazione deve, per conseguenza, produrre lo stesso effetto. Tuttavia bisogna ritenere, e senza alcuna esitanza, che l'autorità giudiziaria non può mai autorizzare la moglie ad obbligare i beni della comunione di cui il marito è padrone e signore. Si dirà che in tal modo si rendono impossibili queste azioni, se la moglie non ha beni personali che servano di garanzia a' pubblici ufficiali il cui concorso le è necessario per stare in giudizio? La legge ha preveduto la difficoltà permettendo alla moglie di domandare una provvisionale (C. di proc., art. 878). Se il giudicato mette le spese a carico della moglie, il marito non è tenuto a pagarle che nei limiti della provvisionale accordata alla moglie. È quello che ha deciso la Corte di cassazione in una sentenza molto ben motivata.

---

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 115, n. 813. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1069.

La Corte prende per punto di partenza il principio stabilito dall'art. 1426: « Gli atti fatti dalla moglie, senza il consenso del marito ed anche coll'autorizzazione giudiziaria, non impegnano i beni della comunione ». Questa regola è generale e si applica tanto alle azioni giudiziali quanto ai contratti, senza che occorra distinguere fra le cause che la moglie intenta contro il marito e quelle che sostiene contro estranei. Se l'autorità giudiziaria deve intervenire, ciò accade unicamente perchè la moglie è incapace. L'autorizzazione del giudice l'abilita tanto a stare in giudizio quanto a contrattare obbligando i suoi beni. Essa non può dunque avere alcun effetto sui beni della comunione. Si invocava, nel caso concreto, il diritto che spetta alla moglie d'agire contro il marito. La Corte risponde che la legge vi provvede permettendo alla moglie di domandare una provvisionale per le spese di causa. La sentenza soggiunge che questa facoltà, consacrata dal codice di procedura, è già un'eccezione all'art. 1426, poichè la moglie obbliga la comunione nei limiti della provvisionale che il giudice le accorda. Come ogni altra eccezione, essa deve essere ristretta nei suoi termini precisi. Verrebbe invece estesa dove se ne conchiudesse che il marito sia obbligato di pagare le spese di causa, qualunque fosse il loro importo. Tutto ciò che la giustizia reclama si è che la moglie possa domandare una provvisionale supplementare nel corso del giudizio, se la provvisionale accordata in principio della causa diviene insufficiente. All'infuori della provvisionale, che è l'eccezione, si rientra nella regola generale dell'art. 1426 e, per conseguenza, i pubblici ufficiali non possono avere azione alcuna contro la comunione per le loro spese e competenze (1).

N. 2. — Delle eccezioni.

83. La regola stabilita dall'art. 1426 soffre alcune eccezioni. Esse sono previste dall'art. 1427 il quale è così concepito: « La moglie non può obbligarsi nè impegnare i beni della comunione foss'anche per liberare suo marito dal carcere, o per il collocamento dei suoi figli in caso d'assenza del marito, se non dopo esservi stata autorizzata giudizialmente ». Questa disposizione è redatta poco correttamente. È bene rilevarlo, affinchè non si prenda appiglio da una cattiva redazione per indurne conseguenze le quali sarebbero in opposizione coi principii generali di diritto. L'art. 1427 sembra stabilire una regola generale avente per oggetto di determinare le obbligazioni che la moglie può contrarre. Infatti, esso comincia col dire: *La moglie non può obbligarsi.* La regola è concepita in termini restrittivi. Pare

(1) Cassazione, 30 aprile 1862 (Dalloz, 1862, 1, 210). Vi ha una sentenza nello stesso senso pronunziata in favore del marito sotto il regime dotale. Cassazione, 5 luglio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 312).

dunque ch'essa dica che la moglie non può obbligarsi se non sotto la condizione determinata dall'art. 1427, vale a dire che la moglie non potrebbe obbligarsi *se non dopo esservi stata autorizzata giudizialmente*, nemmeno, dice la legge, per liberare il marito dal carcere, o per collocare i suoi figli in caso d'assenza del marito. Così, anche nei casi più favorevoli, la moglie non potrebbe obbligarsi senza autorizzazione giudiziaria. L'articolo, inteso così alla lettera, sarebbe un non senso, poichè è elementare che la moglie s'obbliga, di regola, col consenso del marito. Il giudice non interviene che quando il marito non vuole o non può autorizzare la moglie. Dunque è impossibile che l'art. 1427 ponga come regola che la moglie non può obbligarsi se non dopo esservi stata autorizzata giudizialmente. Se la legge lo dice è per errore. La redazione dell'art. 1427 è cattiva. Bisogna dunque ricercare che cosa realmente il legislatore ha voluto significare.

L'intenzione del legislatore non è più dubbia qualora si combini l'art. 1427 coll'art. 1426 di cui non è che un seguito. Che cosa dispone l'art. 1426? Esso dice in sostanza che la moglie autorizzata giudizialmente non obbliga la comunione. Esso decide dunque la questione di sapere qual sia l'effetto degli atti che la moglie fa coll'autorizzazione giudiziaria in quanto concerne la comunione. Che cosa dice l'art. 1427? Che nei due casi ivi preveduti la moglie obbliga la comunione se è stata autorizzata giudizialmente. L'art. 1427 è dunque un'eccezione alla regola consacrata dall'art. 1426 (1).

84. Si domanda se la disposizione dell'art. 1427 è restrittiva, o se vi hanno casi non previsti da questo articolo nei quali l'autorizzazione giudiziaria abbia per effetto d'obbligare la comunione. La questione è controversa. Se si ammette che l'articolo 1427 costituisce un'eccezione all'art. 1426, la soluzione non è dubbia. Ogni eccezione va interpretata rigorosamente, e quindi anche quella dell'art. 1426. È difficile non ravvisare un'eccezione nell'art. 1427 quando lo si confronti coll'articolo che precede. Duveyrier, il relatore del Tribunato, lo dichiara formalmente. La moglie non può obbligare la comunione che col consenso del marito. Tale è la regola. Ecco l'eccezione: « A riguardo dei beni della comunione, *non vi sono che due casi* in cui l'autorizzazione del giudice possa sostituire l'autorizzazione maritale, per liberare il marito dal carcere, e, se il marito è assente, per collocare i figli comuni » (2).

L'opinione contraria è più generalmente ammessa. Si invoca il testo dell'art. 1427. La parola stessa, si dice, non avrebbe

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 159, n. 70 *bis* I. Rigetto, 8 novembre 1814 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1080).

(2) DUVEYRIER, *Relazione*, n. 18 (LOCRÉ, t. VI, p. 419). AUBRY e RAU, t. V, p. 336, nota 38, § 509.

più senso se l'enumerazione fosse limitativa. Il legislatore avrebbe dovuto dire semplicemente che la moglie non può obbligare la comunione coll'autorizzazione giudiziaria che per liberare il marito dal carcere e per dotare un figlio comune. Dicendo che, *anche* in questi due casi, la moglie deve essere autorizzata dal giudice, la legge stabilisce implicitamente che, in casi favorevolissimi, la moglie autorizzata giudizialmente obbliga la comunione. Dunque essa deve avere questo diritto in casi altrettanto favorevoli quanto quelli dell'art. 1427 (1). Appoggiarsi ad una redazione che non ha senso alcuno, per indurne eccezioni oltre quelle che la legge prevede, è un'interpretazione inammissibile. Basta che la disposizione deroghi al diritto comune perchè si debba interpretarla restrittivamente, altrimenti si permetterebbe al giudice di ammettere tutte quelle eccezioni che vorrebbe. È questo il dovere dell'interprete? È questo il suo diritto?

Troplong aggiunge cattive ragioni a quelle che si adducono in appoggio della nostra opinione (2). Bisogna, egli dice, conciliare l'art. 1427 coll'art. 222, e questa combinazione prova che l'art. 1427 è limitativo. « Se il marito è interdetto o assente il giudice può, con cognizione di causa, autorizzare la moglie sia a stare in giudizio sia a contrattare ». Si tratta di sapere in quali casi la moglie autorizzata giudizialmente obbliga la comunione e si cita un articolo il quale dice semplicemente che il giudice può abilitare la moglie ad obbligarsi. È confondere ogni cosa l'interpretare l'art. 1427 coll'art. 222, quando i due articoli hanno un oggetto tutto diverso. Troplong cita anche l'art. 112, il quale chiama i tribunali a statuire sulle misure amministrative da prendersi relativamente ai beni d'una persona presunta assente. Nuova confusione d'idee! Può la moglie in caso di presunzione d'assenza obbligare la comunione facendosi autorizzare dal giudice? Ecco la domanda, e certo l'articolo 112 non vi risponde.

Vi ha una sentenza della Corte di Liegi la quale pare concepita in questo ordine di idee. Un marito vagabondo percorre il mondo. Nel luogo del suo domicilio non si sa che ne sia avvenuto. Che cosa farà la moglie? Essa non può domandare l'autorizzazione del marito, poichè non sa dove sia. Si rivolge al giudice, che l'autorizza. Ma a che cosa serve questa autorizzazione, se la moglie non ha beni personali? È forza dunque che la moglie abbia diritto d'obbligare la comunione. Rispondiamo che non vi ha forza di cose la quale resiste alla legge. Se il marito è assente nel senso legale della parola, la moglie non ha che un diritto, quello di far dichiarare l'assenza e di domandare lo scioglimento della comunione, o di prenderne provvisoriamente l'amministrazione. Ma nessun principio

---

(1) Duranton, t. XIV, p. 415, n. 305. Rodière e Pont, t. II, p. 118, n. 816.
(2) Troplong, t. I, p. 298, n. 970.

e nessun testo le permettono d'obbligare la comunione coll'autorizzazione giudiziaria (1).

85. Quali sono i due casi in cui la moglie può obbligare la comunione coll'autorizzazione giudiziaria? Anzitutto per liberare il marito dal carcere. Si supponga ch'esso sia detenuto per debiti, il che, dopo l'abolizione dell'arresto personale, accadrá ben di rado. A primo aspetto non si comprende perchè la moglie ricorra all'autoritá giudiziaria, quando suo marito è sul posto, ed autorizzata dal marito obbliga regolarmente la comunione. Ciò dá luogo ad un dubbio sul senso della legge. Vuol forse dire la legge che, quando si tratta di liberare il marito dal carcere, la moglie debba rivolgersi all'autoritá giudiziaria e che il marito non possa autorizzarla? Questa interpretazione è inammissibile, perchè implica una deroga al diritto comune che nulla giustificherebbe. È il marito che ha il mandato d'autorizzare la moglie, il giudice non interviene che dopo il suo rifiuto (articolo 2189). La moglie deve dunque, prima di tutto, rivolgersi al marito. È soltanto se questi rifiuta che il giudice interverrá Questo rifiuto doveva essere previsto. Il marito, può, per delicatezza o per qualsivoglia altro motivo rifiutare d'autorizzare la moglie. In questo caso sará autorizzata dal giudice. E siccome la libertá del marito interessa al più alto grado la comunione, così la legge decide che l'obbligazione della moglie impegnerá la comunione (2).

86. La moglie obbliga, in secondo luogo, la comunione quando dota o colloca i suoi figli, in caso d'assenza del marito e coll'autorizzazione giudiziaria. Quando il marito è assente, nel senso legale della parola, la moglie non può domandare la sua autorizzazione. L'art. 222 permette al giudice di autorizzarla, ma unicamente per sanare la sua incapacitá. Questo non basta, nella specie, perchè la moglie può non aver beni personali sui quali obbligarsi. Se la sua sostanza è mobiliare, sará entrata tutta nell'attivo della comunione. Ora, la moglie non può obbligare la comunione secondo il diritto comune, quand'anche sia autorizzata giudizialmente. Bisognava dunque fare un'eccezione a questa regola. Tale è l'eccezione dell'art. 1427. L'eccezione si comprende. Si tratta d'una obbligazione naturale che incombe ai due coniugi. Essi devono dotare e collocare i loro figli. Se il marito si trova nell'impossibilitá di concorrere a questa obbligazione, bisogna che l'autoritá giudiziaria possa sostituirlo. Ciò suppone che si tratti di figli comuni. Non è che a loro riguardo che il marito ha degli obblighi da soddisfare, non è dunque che per il loro collocamento che esiste il motivo dell'eccezione. È vero che l'art. 1427 dice *dei suoi figli*, il che

(1) Liegi, 22 giugno 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2. 370).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 159, n. 70 *bis* II. Rodière e Pont, t. II, p. 119, n. 817. Rigetto, 8 novembre 1814 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1080).

comprende anche i figli d'un primo letto. Ma essendo il collocamento di questi figli estraneo alla comunione, si oltrepasserebbero i limiti dell'eccezione permettendo alla moglie d'obbligare la comunione per questo titolo. Perchè si faccia luogo all'eccezione, bisogna che l'interesse del marito e della comunione sia evidente. È ciò che avviene per i figli comuni. E questa considerazione sola legittima la disposizione eccezionale dell'art. 1427. Quando il debito non interessa la comunione, l'eccezione non ha più ragione d'essere, e quindi si resta sotto l'impero della regola (1).

87. L'art. 1427 permette alla moglie d'*impegnare i beni della comunione* pel collocamento dei suoi figli. Ciò suppone che la moglie si obblighi per dotarli o collocarli. Intende dire l'articolo ch' essa non possa prendere nella comunione le somme o i beni necessarii per il collocamento del figli? No, certo. Il significato dell'eccezione consacrata dall'art. 1427 è che l'autorizzazione giudiziaria tien luogo dell'autorizzazione maritale, vale a dire che la moglie autorizzata giudizialmente può fare ciò che ha diritto di fare il marito. Ora, il marito può adoperare anche gli immobili della comunione per collocare i figli comuni. Dunque la moglie ha lo stesso diritto.

Ciò che diciamo della seconda eccezione si applica anche alla prima. La moglie può alienare un bene della comunione o servirsi dei denari comuni per liberare il marito dal carcere. Sarebbe assurdo costringerla ad assumere un mutuo quando vi sono denari nella comunione, e se non ve ne sono, ma la comunione possegga beni poco produttivi, l'interesse del marito, come quello della moglie, richiede che si vendano questi beni piuttosto che fare un prestito oneroso.

La tradizione conferma l'interpretazione che noi diamo all'art. 1427. Questa disposizione è tolta dall'antica giurisprudenza. Un decreto del Parlamento del 27 agosto 1564, pronunciato *consultis classibus*, decise che la moglie poteva, senza autorizzazione alcuna, obbligarsi ed anche ipotecare o vendere i fondi comuni per liberare il marito dal carcere (2). Il codice non va tant'oltre. Esso esige l'autorizzazione giudiziaria, ma, con questa autorizzazione, la moglie deve avere il diritto di disporre dei beni comuni come ha il diritto di obbligarli. Vi sono gli identici motivi.

88. Rimane un'ultima difficoltá. Ma moglie obbliga la comunione nei due casi previsti dall'art. 1427. Si domanda se il creditore avrá azione anche contro il marito e sui suoi beni personali. Toullier sembra dubbioso. Pare, egli dice, che questa obbligazione potrebbe eseguirsi anche sui beni del marito. Duvergier dice che questa decisione non è senza difficoltá. Egli l'ammette

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 161, n. 70 *bis* IV.
(2) Rodière e Pont, t. II, p. 120, n. 818.

quando si tratta di liberare il marito dal carcere, poichè, in questo caso, sta a carico del marito un debito civile ch'egli è obbligato di pagare. Ma il marito non è obbligato a dotare i suoi figli. Quanto all'art. 1427 esso dá bensì alla moglie il diritto d'impegnare i beni della comunione, ma non le dá il diritto d'impegnare i beni del marito (1). Ci pare che cosí la questione sia mal posta. Il principio generale è che ogni debito di comunione è un debito del marito. L'art. 1427 disponendo che la comunione è tenuta ai debiti che la moglie contrae coll'autorizzazione giudiziaria, decide implicitamente che vi è tenuto anche il marito. Non vi ha del resto alcuna ragione per derogare al principio che identifica il patrimonio del marito con quello della comunione.

§ IV. — *Della contribuzione ai debiti contratti dalla moglie.*

89. L'art. 1419, dopo aver stabilito il principio che la moglie autorizzata dal marito obbliga la comunione, soggiunge: « salvo il compenso dovuto alla comunione o l'indennitá dovuta al marito ». Da questa disposizione si induce che, essendosi la moglie impegnata, si ritiene generalmente che abbia agito nel suo interesse personale, e che debba, per conseguenza, compenso o indennitá alla comunione o al marito che avesse pagato il debito. Si aggiunge che questa presunzione ammette la prova contraria. Se risultasse dall'oggetto dell'obbligazione o da altre circostanze che il debito è stato contratto nell'interesse della comunione o del marito, la moglie avrebbe, secondo i casi, diritto ad un compenso o ad una indennitá. Si ammette la stessa presunzione salvo prova contraria, nei casi in cui la moglie si sia obbligata coll'autorizzazione giudiziaria (2).

90. Su che si fonda la pretesa *presunzione* che serve di base a questa dottrina? Si tratta di una presunzione legale. Ora, secondo l'art. 1350, « la presunzione legale è quella che una *legge speciale* attribuisce a *certi atti* o a *certi fatti* ». Ov'è, la *legge speciale* che stabilisce la presunzione in virtù della quale si ritiene che la moglie che si è obbligata da sola si sia obbligata nel suo interesse personale? Si cita l'art. 1419. Ma questo articolo non dice quello che gli si fa dire. Esso dichiara solamente che l'obbligazione contratta coll'autorizzazione maritale può essere perseguita in giudizio contro la comunione. Ma con questo non vuol dire certamente che si presume che il debito sia contratto nell'interesse della moglie. Se soggiunge « salvo il compenso dovuto alla comunione o l'indennitá dovuta

(1) Toullier. t. VI, 2, p. 227, n. 289, e la nota di Duvergier.
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 350, § 510 (4.ª ediz.).

al marito », non vuol dire ancora che la *presunzione* sia che il debito è contratto nell'interesse personale della moglie. L'articolo 1419 non fa che ripetere ciò che aveva detto l'art. 1409, num. 2, il quale, facendo cadere nel passivo della comunione i debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, aggiunge la riserva: « salvo il compenso *nei casi in cui ha luogo* ». In sostanza, la legge non presume niente quanto ai compensi. L'oggetto degli art. 1409 e 1419 è unicamente di decidere che il creditore in virtù d'una obbligazione contratta dalla moglie coll'autorizzazione del marito può escutere la comunione. Questione d'*obbligazione*. Quanto alla questione di contribuzione o di *compenso*, essa è decisa dagli articoli 1433 e 1437. È una questione di fatto. Si tratta di sapere nell'interesse di chi il debito è stato contratto. È questi che deve sostenerlo. A chi spetta provare che il debito contratto dalla moglie col consenso del marito è stato contratto nell'interesse della moglie? A colui che reclama l'indennità, perchè, secondo il diritto comune, la prova sta a carico dell'attore. Se vi fosse una presunzione, questa dispenserebbe l'attore dalla prova che gli incombe e addosserebbe alla moglie l'onere della prova contraria. Ma questa presunzione non è scritta in nessun luogo, e non vi ha presunzione se non è scritta in una legge *speciale* per *certi* atti o *certi* fatti. Non si può dire nemmeno che vi siano dalle probabilitá, in favore della pretesa presunzione che si immagina. Bisognerebbe almeno distinguere fra i casi in cui la moglie si obbliga col consenso del marito e quelli in cui si obbliga coll'autorizzazione giudiziaria. L'esperienza giornaliera prova che quando il marito autorizza la moglie a contrattare, l'obbligazione è il più delle volte consentita nell'interesse della comunione, vale a dire del marito. Il legislatore ha tenuto conto di questo fatto scrivendo la regola dell'art. 1419. Quando la moglie contrae coll'autorizzazione giudiziaria, bisogna vedere se ciò avviene pel rifiuto del marito. In questo caso certamente è probabile che il debito non interessi la comunione. Ma anche in questo caso la questione del compenso non si presenterá, perchè la comunione non è tenuta a pagare, e di regola il marito non pagherá dopo aver rifiutato il suo consenso. Restano i due casi in cui la moglie, obbligandosi coll'autorizzazione giudiziaria, obbliga la comunione (art. 1427). Queste due eccezioni sono precisamente fondate sull'interesse che ha la comunione al debito contratto dalla moglie. Dunque la pretesa presunzione, anzichè essere fondata sopra una probabilitá, sarebbe contraria alla realtà delle cose. Dopo tutto, per quanto forte sia una probabilitá, non può risultarne una presunzione legale, poichè il solo legislatore ha diritto di creare delle presunzioni. È una cosa elementare. Se siamo obbligati di ripeterla così di frequente gli è perchè ad ogni passo gli interpreti dimenticano che non spetta loro di far la legge immaginando presunzioni ignote al legislatore.

§ V. — *Dei debiti contratti dalla moglie insieme al marito.*

91. L'art. 1431 dispone: « La moglie che si obbliga in solido col marito per gli affari della comunione o del marito non è ritenuta, a riguardo di questa, obbligata che come mallevadrice. Essa deve essere indennizzata dell'obbligazione che ha contratta ». Qui incontriamo ancora una volta una presunzione ammessa dalla maggior parte degli scrittori, ma almeno vi ha un testo sul quale si può appoggiarla. Si tratta d'interpretarla e di fissarne il vero senso.

La moglie che si obbliga in solido col marito non è ritenuta, a riguardo di questo, obbligata che come mallevadrice. Bisogna dunque distinguere i rapporti della moglie debitrice solidaria col creditore e i rapporti della moglie coobbligata in solido col marito. A riguardo del creditore, la moglie è debitrice solidaria e tenuta, come tale, per tutto il debito, conformemente al diritto comune, come se fosse sola ed unica debitrice. La moglie non può opporre al creditore ch'essa è ritenuta mallevadrice della legge, perchè l'art. 1431 dice formalmente ch'essa è reputata mallevadrice *a riguardo del marito*. Non è dunque che nei rapporti dei due condebitori fra loro che la moglie è ritenuta mallevadrice. La moglie s'è obbligata in solido, ed è tenuta come debitrice solidaria. Cosí la questione dell'obbligazione deve essere distinta da quella della contribuzione. L'una è retta dai principii dell'obbligazione solidaria, l'altra dai principii della fideiussione. Escussa dal creditore, la moglie deve pagare tutto il debito, come ogni debitore solidario. Dopo che avrà pagato, avrà regresso contro il marito, come ogni fideiussore ha un regresso contro il debitore principale.

92. Su questo punto non vi ha alcun dubbio. La moglie escussa dal creditore può opporgli il beneficio della divisione? Se fosse mallevadrice a riguardo del creditore, godrebbe del beneficio della divisione (art. 2026). Ma essa non è mallevadrice a suo riguardo, è debitrice solidaria. Bisogna dunque applicarle l'art. 1203, a termini del quale il debitore solidario escusso dal creditore non può opporgli il beneficio della divisione. Dicasi altrettanto del beneficio dell'escussione. Esso non spetta che al fideiussore (art. 2021). Il condebitore solidario non può invocarlo, poichè è considerato come solo ed unico debitore.

La giurisprudenza è in questo senso. Fu giudicato che la moglie non è ritenuta mallevadrice che a riguardo del marito. Nel caso concreto, la moglie si era obbligata in solido col marito al pagamento della dote da essi costituita ad uno dei loro figli. La dote era di ottomila lire, di cui milleduecento pei diritti materni e seimilaottocento pei diritti paterni. Essendo il marito premorto, si trattava di sapere in qual propor-

zione la moglie fosse tenuta alla dote. Si pretendeva che la donazione dovesse essere ridotta siccome eccedente la disponibile, e, per conseguenza, la moglie sostenne di non poter essere tenuta oltre quanto doveva il debitore principale, di cui essa non era che mallevadrice. La Corte respinse questa eccezione. L'art. 2013 dice, veramente, che la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, ma la moglie era escussa, non come mallevadrice, ma come debitrice solidaria. Essa doveva dunque pagare tutta la dote, salvo a ripetere contro l'eredità del marito ciò che aveva pagato oltre la sua parte nella medesima (1).

È stato ancora giudicato che la moglie, coobbligata in solido, non può invocare contro il creditore l'art. 2047, a termini del quale il fideiussore è liberato allorchè, per fatto del creditore, non può aver effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni del creditore. Nel caso concreto, il creditore aveva rimesso una parte del debito al marito caduto in fallimento. La moglie gli oppose l'art. 2037. Questa disposizione, dice la Corte di Parigi, è stata introdotta a vantaggio del fideiussore il quale non s'obbliga che per far servizio al debitore e sotto la condizione tacita della surrogazione. Essa non può invocarsi dal debitore solidario. Già abbiamo esaminato questa questione al titolo delle *Obbligazioni* (t. XVIII, n. 342). Quanto alla moglie, debitrice in solido, essa non poteva addurre l'articolo 1431 per sostenersi semplice mallevadrice, non assimilandola il testo ad una mallevadrice che riguardo al marito (2).

Vi ha però una sentenza della Corte di Parigi in senso contrario. Si direbbe davvero che non vi ha nulla di certo in diritto! L'art. 1431 distingue nettamente i rapporti della moglie col creditore, questione d'*obbligazione*, e i rapporti della moglie col marito coobbligato in solido, questione di *contribuzione* o di *compenso*. La distinzione è elementare, ma ecco che una delle prime Corti di Francia, disconoscendo il testo e i principii, decide che « ogni obbligazione contratta dalla moglie in solido col marito si presume di diritto consentita nell'interesse del marito, quando dal contratto non risulti espressamente il contrario per modo che la moglie è ritenuta semplice mallevadrice » (3). Vedremo più avanti se sia vero che l'art. 1431 stabilisce una presunzione. Supponiamo che la presunzione vi sia. Ma non è forse principio elementare che le presunzioni legali sono della più stretta interpretazione? Ora, l'articolo dice che

(1) Limoges, 20 febbraio 1855 (Dalloz, 1855, 2, 284).
(2) Parigi, 11 aprile 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127).
(3) È l'opinione di tutti gli scrittori: Aubry e Rau, t. V, p. 351, nota 31, § 510. Rodière e Pont, t. II, p. 104, n. 806. Colmet de Santerre, t. VI, p. 178, n. 76 *bis* I. La giurisprudenza è nello stesso senso. Rigetto, Camera civile, 4 dicembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 58). Limoges, 20 febbraio 1855 (Dalloz, 1855, 2, 284). Parigi, 16 aprile 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127).

la moglie si ritiene mallevadrice a riguardo del marito. Dunque la legge non la ritiene mallevadrice a riguardo del creditore, e quindi la presunzione non è assoluta, come afferma la Corte. La decisione è altrettanto contraria alla ragione quanto al diritto. Il creditore ha voluto la garanzia d'una obbligazione solidale. La moglie l'ha promessa. Poi quando il creditore escute la moglie questa gli osserva: Io non sono debitrice in solido, ma soltanto mallevadrice. In questo modo si annullano i contratti. Noi credevamo invece che i giudici avessero la missione di mantenerli e di assicurarne l'esecuzione (1).

93. L'art. 1431 dice che la moglie, a riguardo del marito, non si ritiene obbligata che come mallevadrice, donde la legge conchiude che deve essere indennizzata dell'obbligazione che ha contratto. È la questione del compenso. Contro chi ha dessa diritto ad una indennità? Bisogna distinguere. L'affare, come dice la legge, può riguardare la comunione od il marito. Se è nell'interesse del marito che la moglie si è obbligata solidariamente, avrà diritto ad un compenso contro il marito per l'intero debito. Si applicano, in questo caso, i principii che reggono i compensi dei coniugi fra di loro. Se l'affare interessa la comunione, la moglie avrà, contro la comunione, diritto ad un compenso, che si esercita, giusta il diritto comune, per via di prelevamento, ossia la moglie non ha diritto a compenso che per la metà del debito, se accetta la comunione; il che è giustissimo, perchè, se l'accetta, essa è tenuta ai debiti della comunione per metà, almeno fino a concorrenza del lucro che ne ritrae. Se la moglie vi rinuncia avrà regresso per tutto il debito contro il marito, perchè, colla sua rinuncia, essa diviene estranea alla comunione. Questa appartiene al marito, il quale deve anche sopportare tutti i debiti integralmente. Ora, la moglie ha pagato uno di questi debiti, e quindi ha regresso contro il marito per tutto quanto è obbligata di pagare al creditore (2).

94. La legge dice che la moglie deve essere indennizzata dell'obbligazione che ha contratto. Essa ha diritto ad un compenso contro il marito o contro la comunione, secondo che si è obbligata per gli affari del marito o per quelli della comunione. Secondo il diritto comune, chi reclama una indennità deve provare di avervi diritto e deve stabilire l'ammontare del compenso. Questo principio è applicabile all'obbligazione solidale della moglie? L'opinione dominante reputa che la moglie non debba provar nulla, avendo una presunzione legale in suo favore. Si invocano i termini dell'art. 1431. La moglie non si *ritiene,* vale a dire non si presume obbligata che come mal-

---

(1) Parigi, 15 luglio 1854 (DALLOZ, 1856, 2, 12).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 179, n. 76 *bis* I.

levadrice. Ora, il fideiussore si obbliga nell'interesse del debitore principale. Si presume dunque che la moglie si sia obbligata per gli affari del marito o della comunione. Questa presunzione, si dice, è fondata su quello che accade ordinariamente. Se la moglie si obbliga in solido col marito, lo fa sulla richiesta del creditore che esige questa garanzia. L'affare riguarda quasi sempre il marito o la comunione. La legge poteva dunque, a buon diritto, presumere che la moglie non intervenisse che come mallevadrice, salvo la prova contraria, la quale è, per regola generale, esperibile contro ogni presunzione legale. Il marito può dunque essere ammesso a provare che il debito è stato contratto nell'interesse personale della moglie. In questo caso, non avrà regresso contro il marito. Sarà, al contrario, il marito il quale, se si è obbligato di pagare come condebitore solidario, avrà diritto ad un compenso contro la moglie (1).

95. È vero che l'art. 1431 stabilisce, in favore della moglie, una presunzione che la esonera dal provare il fondamento del compenso ch'essa reclama? Noi crediamo, col signor Colmet de Santerre, che questa presunzione non esiste (2). Non bisogna perdere di vista la definizione che il codice dà della presunzione legale, quella presunzione, cioè, che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Quale è, nella specie, il fatto al quale la legge avrebbe, secondo l'opinione generale, attribuito una presunzione? È il fatto dell'obbligazione solidale contratta dalla moglie col marito. La legge attribuisce a questo fatto la presunzione che la moglie si obblighi nell'interesse del marito o della comunione? Se tale fosse stata l'intenzione del legislatore, avrebbe detto: « La moglie che si obbliga in solido col marito è ritenuta mallevadrice del marito stesso e deve essere indennizzata dell'obbligo che ha contratto ». Gli è così che si esprime l'art. 1431? No, esso dispone: La moglie che si obbliga in solido col marito *per gli affari della comunione o del marito* è reputata mallevadrice. Una condizione è dunque richiesta perchè la moglie sia ritenuta mallevadrice; occorre, cioè, che si sia obbligata per gli affari del marito o della comunione. Essa deve, conseguentemente, per godere del beneficio della fideiussione, dimostrare che si è obbligata nell'interesse della comunione o del marito. Il che equivale a dire che, se reclama un compenso, deve provare che il debito è stato contratto nell'interesse della comunione o del marito.

Si obbietta il verbo *ritenere*. Dire che la moglie *si ritiene mallevadrice* significa presumersi che non si sia obbligata se non come mallevadrice. Ora, ogni presunzione legale di-

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 350, nota 30, § 510 e gli scrittori che citano. Bisogna aggiungere Demante, t. III, p. 178, n. 76.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 279, n. 76 *bis* II e III.

spensa dalla prova quello a cui favore essa ha luogo (art. 1352). Rispondiamo che l'art. 1431, anzichè derogare al diritto comune, non fa che applicarlo. Qual'è il diritto comune per ciò che riguarda i rapporti dei condebitori solidali? La regola è che essi non sono fra loro obbligati se non ciascuno per la sua parte. Questo suppone che il debito sia stato contratto nell'interesse comune. Può darsi che il debito non riguardi che uno dei debitori solidali. È l'ipotesi dell'art. 1431. L'art. 1216 prevede il medesimo caso, e dispone in termini generali che « se l'*affare*, per cui fu contratto il debito, *non riguardasse che uno degli obbligati in solido*, questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, *i quali relativamente ad esso non sono reputati che come suoi fideiussori* ». Vi ha l'identico caso nelle due disposizioni e vi sono le identiche espressioni. L art. 1431 suppone che la moglie si sia obbligata in solido col marito per gli *affari della comunione o del marito*, e quindi per un affare che non riguarda che uno dei coobbligati in solido, il marito. La conseguenza è che *si ritiene* che la moglie non si sia obbligata che come mallevadrice, o, come dice l'art. 1216, ch'essa non *è reputata*, relativamente al marito, *che come sua mallevadrice*. Non vi ha qui una presunzione propriamente detta, perchè non vi ha alcun fatto ignoto. Si suppone constare che solo uno dei condebitori solidali è debitore. Gli altri, non essendolo, sono necessariamente fideiussori. Solo che essi non sono fideiussori che a riguardo del debitore, non lo sono a riguardo del creditore. E quello che dice anche l'art. 1431.

Si invoca lo spirito della legge per spiegare e giustificare la presunzione dell'art. 1431. È vero che la legge tien conto dei fatti quando dispone che ogni debito contratto dalla moglie col consenso del marito diventa debito della comunione, ma la legge aggiunge (art. 1409, 2.° e 1419) « salvo compenso ». Quanto a questo, essa non stabilisce alcuna presunzione, e ha fatto bene, perchè la presunzione è fondata sopra una probabilità. E dove è mai la probabilità, quando la moglie si obbliga col marito, che il debito sia contratto nell'interesse del marito? È una questione di fatto che i giudici decideranno secondo il diritto comune. L'affare può interessare la comunione, il marito o la moglie. Provi quegli che reclama un'indennità nell'interesse di chi il debito è stato contratto. I principii generali sulle prove bastano, e valgono meglio che le presunzioni, perchè le presunzioni invertono l'ordine regolare delle prove. Quando due persone si obbligano in solido, si deve certamente credere che sono entrambe interessate nel debito, e quindi ciascuna per metà. Ecco la regola, ed è razionale. Se per eccezione, l'affare riguarda esclusivamente uno dei debitori in solido, spetta alla parte interessata darne la prova. Non è bene che il legislatore metta la sua volontà al posto dell'interesse delle parti. Una simile disposizione generale correrebbe il rischio d'essere in-

giusta nella sua applicazione a fatti particolari. La moglie si obbliga in solido col marito per eseguire alcuni lavori su diversi fondi appartenenti l'uno alla comunione, l'altro al marito, il terzo alla moglie. Ammettendo la pretesa presunzione dell'articolo 1431, la moglie avrà diritto ad un compenso per l'intero contro il marito. Così il marito sarà tenuto a pagare ciò che deve la moglie. Si dirà ch'egli è ammesso alla prova contraria? Risponderemo che spesso riesce difficile darla. Non sarà più equa l'applicazione del diritto comune? La moglie pretende che il debito interessi esclusivamente il marito e la comunione. Lo provi. Anche il debitore solidale, nel caso dell'art. 1216, deve provare che l'affare riguarda esclusivamente uno dei suoi condebitori. Perchè la moglie sarebbe in una condizione eccezionale?

96. L'art. 1431 suppone che vi siano soltanto due debitori solidali, il marito e la moglie. Può esservene un terzo. Contro chi avrà egli regresso se è obbligato a pagare tutto il debito? La nostra risposta è sempre la stessa. Si applica il diritto comune, poichè la legge non vi deroga. Il regresso si dividerà dunque conformemente all'art. 1214. Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di cassazione. Essa dice che quando due coniugi in comunione di beni contraggono in solido una obbligazione, il marito e la moglie non sono debitori ciascuno per metà, ma il debito incombe alla comunione di cui il marito è capo e padrone e la moglie mallevadrice solidaria. La sentenza ne conchiude che il terzo debitore solidale avrà azione per tutto il debito anche contro la moglie, essendo questa, come mallevadrice, tenuta a tutto quanto deve il debitore principale (1). Ecco una nuova presunzione immaginata dalla Corte, ma ignota alla legge. L'art. 1431 considera la moglie come mallevadrice, ma a riguardo del creditore, mentre la Corte di cassazione considera la moglie come mallevadrice nei rapporti dei condebitori tra loro. E perchè stabilisce questa presunzione? Per dare al debitore che ha pagato regresso per tutto il debito contro la moglie. Così si ritorce contro la moglie una disposizione che ha per oggetto di garantire i suoi interessi. Infine, ove si trova detto che, se un debito è contratto in solido dai due coniugi e da un terzo, il marito e la moglie non costituiscano che una sola persona, e che ciascuno dei coniugi sia tenuto per l'intero debito a riguardo del terzo condebitore? Ecco a che conduce la dottrina delle presunzioni immaginate dagli interpreti. Essi non interpretano la legge, la creano.

97. L'art. 1431 suppone che la moglie si sia obbligata in solido col marito. Che diremo se si è obbligata col marito, ma

---

(1) Rigetto, 29 novembre 1827 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1159). TROPLONG (t. I, p. 365, n. 1046) e tutti gli scrittori che approvano. AUBRY e RAU, t. V, p. 351, nota 32, salvo MARCADÉ, t. V, p. 548, n. II dell'art. 1431.

non in solido? Secondo l'opinione generale, si risponde che rimane applicabile la presunzione della legge. Essa non è attribuita, si dice, al fatto che la moglie si è obbligata *in solido*, ma al fatto che si obbliga col marito e non interviene, in realtà, che come mallevadrice, nell'interesse del marito (1). Se si ammette che l'art. 1431 consacra una presunzione legale, bisogna respingere questa interpretazione che estende una presunzione legale, perchè non è lecito estendere una presunzione per via d'analogia. Secondo la nostra opinione, la soluzione della questione è semplicissima. Il marito e la moglie s'obbligano insieme, ma non in solido. Dunque ciascuno è tenuto per metà a riguardo del creditore. Se la moglie paga la metà del debito, avrà diritto ad un compenso contro il marito? Lo avrà, secondo il diritto comune, se può provare che il debito riguarda gli affari del marito o della comunione. Ma bisogna che ne dia la prova. Essa non può invocare alcuna presunzione, perchè non esiste. La legge non prevede nemmeno l'ipotesi, e si vuole che, in una ipotesi non prevista, la legge stabilisce una presunzione, quando, secondo l'art. 1350, occorre una *legge speciale* perchè vi sia presunzione! La pretesa presunzione che si immagina solleva ad ogni passo nuove difficoltà, mentre l'applicazione dei principii generali non ne presenta alcuna.

98. Vi ha un altro caso che non è previsto dalla legge. I due coniugi si obbligano in solido a favore d'un terzo. Secondo la nostra opinione intorno al significato dell'art. 1431, la soluzione non è dubbia. Si applicano i principii generali di diritto. Se il marito e la moglie si sono obbligati in solido, ciascun d'essi sarà tenuto per l'intero debito a riguardo del creditore, e quegli che paga tutto il debito avrà regresso contro l'altro in virtù dell'art. 1214. La moglie non può reclamare che a titolo di compenso. Il marito la indennizza di ciò che ha dovuto pagare, come indennizzerebbe un altro coobbligato qualsiasi, perchè nella specie non si tratta di compenso. Il debito essendo contratto nell'interesse d'un terzo, la comunione è fuori di questione, e così pure il marito come capo della comunione (2).

L'opinione generale dà luogo a varie difficoltà, e i suoi sostenitori non hanno potuto levarsi d'impaccio che a costo di essere inconseguenti. La Corte di cassazione ha posto come principio che, se i due coniugi contraggono un'obbligazione in solido, è la comunione che è debitrice e la moglie non è che mallevadrice solidaria (n. 96). Se tale fosse il senso dell'art. 1431, bisognerebbe dire che la moglie ha sempre e di pien diritto regresso contro il marito, e regresso per tutto il debito, poichè

(1) DURANTON, t. XIV, p. 416, n. 306. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 107, n. 809. TROPLONG, t. I, p. 313, n. 1039. Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 183, numero 76 *bis* VII.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 183, n. 76 *bis* VIII.

essa non sarebbe che mallevadrice. Così si fraintendono le più semplici nozioni del diritto e si crea un nuovo codice civile. Noi preferiamo l'antico. La giurisprudenza e la dottrina hanno abbandonato questa erronea interpretazione dell'articolo 1431, ed hanno deciso la questione secondo i principii generali. La moglie s'obbliga in solido col marito a pagare il prezzo del cambio militare per un loro figlio. La moglie sosteneva di essere semplice mallevadrice in virtù dell'art. 1431. È stato giudicato che era tenuta personalmente, e non come mallevadrice. In qual modo elimina la Corte la pretesa presunzione dell'art. 1431? Col dire che è una presunzione *juris tantum* la quale ammette la prova contraria (1). Si vede come l'opinione generale intorno al significato dell'art. 1431 non serva che ad imbrogliare le cose ed a creare delle difficoltà. Non vi ha alcuna presunzione in questo articolo. Esso non fa che applicare i principii generali, e questi stessi principii risolvono la questione che stiamo esaminando. La Corte di Rennes dà una ragione migliore e sembra accostarsi alla teorica da noi sostenuta. A termini dell'art. 1431, dice la sentenza, la moglie che s'obbliga in solido col marito non *è ritenuta sua mallevadrice* e non *ha diritto ad una indennità che quando l'obbligazione riguarda gli affari del marito o della comunione.* Dunque, quando il marito e la moglie si obbligano nell'interesse d'un terzo, l'art. 1431 è fuori di questione (2).

99. L'art. 1431 dice che la moglie è ritenuta mallevadrice del marito quando si obbliga in solido con lui per gli affari del marito o della comunione. Demante insegna che, alla sua volta, il marito è ritenuto mallevadore quando s'impegna per gli affari personali della moglie. La legge, egli scrive, applica questo principio al caso in cui il marito garantisce in solido o altrimenti la vendita che la moglie faccia d'uno dei suoi mobili personali (art. 1432). Ciò non è perfettamente esatto. Quando il marito garantisce in solido la vendita, è condebitore solidario, e, in questo caso, gli si può applicare l'art. 1216, di cui l'articolo 1431 è un'applicazione (n. 75). Secondo la nostra opinione, l'art. 1431 non stabilisce alcuna presunzione a favore della moglie ritenuta mallevadrice. La legge dà regresso alla moglie contro il marito, a condizione di provare ch'essa si è obbligata per gli affari del marito o della comunione (n. 94). È il diritto comune. Così accade pure del marito il quale garantisce in solido la vendita che la moglie fa d'un bene proprio. Anch'egli ha regresso contro di lei, perchè la natura stessa dell'affare dimostra che esso è personale alla moglie. È sempre il diritto comune.

---

(1) Lione, 11 giugno 1833 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1055). Cfr. Parigi, 30 dicembre 1841 (*ibid.*, n. 1056).

(2) Rennes, 22 novembre 1848 (Dalloz, 1851, 2, 151). Cfr. Rodière e Pont, t. II, p. 108, n. 810. Troplong, t. I, p. 314, nn. 1012 e 1013. Aubry e Rau, t. V, pagina 351 e nota 33, § 510.

Se il marito non avesse garantito in solido, o avesse semplicemente autorizzato la moglie, il debito, secondo il nostro parere, cadrebbe in comunione e, per conseguenza, il marito vi sarebbe tenuto sui suoi beni. È sottinteso che avrebbe egualmente un regresso, vale a dire un compenso, senza che si possa dire che è ritenuto mallevadore. È meglio non servirsi di questa espressione, perchè implica l'idea d'una presunzione la quale, in realtà, non esiste. Bisogna concludere che si applicano i principii generali che reggono i compensi (1).

§ VI. — *Dei debiti contratti dalla moglie come mandataria del marito.*

100. L'art. 1420 dispone: « Ogni debito contratto dalla moglie unicamente in virtù della procura generale o speciale del marito sta a carico della comunione, e il creditore non può esigerne il pagamento nè contro la moglie, nè sui di lei beni personali ». Questa disposizione viene dopo quella dell'art. 1419, la quale determina gli effetti dei debiti che la moglie contrae coll'autorizzazione del marito. Notevole è la differenza che la legge stabilisce fra l'autorizzazione del marito e il mandato che il marito dà alla moglie. Vi ha questa analogia che, in entrambi i casi, la comunione è obbligata, e colla comunione il marito. L'art. 1420 non dice che il marito sia obbligato perchè era inutile dichiararlo, essendo ben evidente che il mandante è obbligato dagli atti del mandatario. Ma il mandatario non si obbliga personalmente quando agisce come tale. L'art. 1420 applica questo principio alla moglie mandataria del marito. Il creditore non ha alcuna azione contro di essa nè sui suoi beni, ma solo contro il marito. E siccome ogni debito del marito è un debito della comunione, il creditore potrà escutere anche la comunione (2). Non avviene così, quando la moglie si obbliga coll'autorizzazione del marito. È dessa allora che interviene nel contratto, che è debitrice personale. Il creditore ha dunque, prima di tutto, azione contro di lei e sui suoi beni. La legge fa cadere questo debito nel passivo della comunione (art. 1409, n. 2.°). Per conseguenza il creditore potrà esigere il pagamento contro la comunione e sui beni del marito, ogni debito di comunione essendo un debito del marito.

L'autorizzazione maritale differisce dal mandato anche sotto un altro rapporto. A termini dell'art. 223, ogni ***autorizzazione generica***, anche se stipulata per contratto di matrimonio, non è valida che quanto all'amministrazione dei beni della moglie. Il marito non può dunque autorizzare la moglie genericamente.

---

(1) Duranton, t. V, p. 183, n. 77. Colmet de Santerre, t. VI, p. 183, n. 77 *bis*.
(2) Vedi le sentenze riportate nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Mariage*, n. 849, 1-31.

Per principio, l'autorizzazione dev'essere specifica. L'autorizzazione generica sarebbe un'abdicazione della podestà che la legge dà al marito sulla moglie. Ora, il marito non può rinunciare ad un'autorità che è d'ordine pubblico. L'art. 1420, al contrario, permette al marito di dare una procura generale alla moglie, e la legge non limita il potere che il marito può attribuire alla moglie mandataria. Il mandato conferito alla moglie resta dunque nei termini del diritto comune. Segue la ciò che il marito può dar mandato alla moglie d'amministrare la comunione, o i beni personali del marito, o i beni personali della moglie. La moglie mandataria può contrattare senza autorizzazione, perchè non è essa che agisce, ma il marito per mezzo suo.

Infine l'autorizzazione è soggetta a formalità speciali. L'autorizzazione espressa dev'esser data per iscritto (art. 217), e l'autorizzazione tacita non può risultare che dal concorso del marito nell'atto. Queste disposizioni eccezionali sono estranee al mandato, il quale resta soggetto al diritto comune. Esso può essere dato per iscritto o verbalmente (art. 1985), e può anche essere tacito. Vedremo che il mandato tacito ha una gran parte nel matrimonio.

Queste differenze che esistono fra l'autorizzazione e il mandato esercitano la loro influenza non solo durante il matrimonio, ma anche dopo lo scioglimento della comunione. La moglie mandataria, non obbligandosi personalmente, non può mai essere escussa dal creditore. Essa non sarà tenuta al debito che come moglie in comunione di beni, vale a dire per metà, se accetta la comunione, e se vi rinuncia, è al coperto da ogni azione. La moglie autorizzata, al contrario, si obbliga personalmente. Essa è debitrice e, per conseguenza, potrà, dopo lo scioglimento della comunione, essere escussa per tutto il debito, senza distinguere se accetti o se rinunci. Solo che, se rinuncia, avrà regresso per tutto il debito contro il marito o i suoi eredi, e se accetta, avrà regresso per la metà.

101. Ricordiamo questi principii elementari che abbiamo già esposto altrove (t. III, n. 112), perchè la dottrina e la giurisprudenza specialmente confondono spesso l'autorizzazione maritale e il mandato che il marito dà alla moglie. In Toullier la confusione è quasi sistematica. Egli non ammette il mandato tacito, che, secondo la sua opinione, è abrogato dall'art. 1372. È dunque forzato ad ammettere una autorizzazione tacita, il che lo pone in opposizione coll'art. 217. Inoltre egli è necessariamente condotto a confondere il mandato coll'autorizzazione (1). La stessa confusione si trova nelle sentenze quando si tratta del mandato tacito. Indicheremo queste inesattezze. Sebbene non riguardino che il linguaggio, pure bisogna

(1) TOULLIER, t. VI, 2, p. 237, n. 263; p. 241, n. 267.

evitarle, perchè un linguaggio scorretto è ben spesso l'espressione di idee inesatte, e favorisce la confusione di principii diversi, donde errori quasi inevitabili.

102. Il mandato conferito alla moglie è retto dai principii che il codice stabilisce al titolo del *Mandato* (1). Non vi si deroga al titolo del *Contratto di matrimonio*. L'art. 1420 li applica, al contrario, disponendo che la moglie mandataria non è obbligata nè personalmente, nè sui suoi beni. Tuttavia la dottrina e la giurisprudenza ammettono che vi ha una differenza fra le obbligazioni della moglie mandataria del marito e quelle del mandatario in generale. È molto difficile precisare questa differenza. In diritto si può negarla, poichè, per esistere, dovrebbe essere stabilita dalla legge, in quanto costituirebbe un'eccezione ai principii generali. Ora, una disposizione eccezionale non esiste, e quindi si rimane sotto l'impero del diritto comune.

Il marito dà mandato alla moglie d'amministrare la comunione. Amministrare la comunione, si dice, è non soltanto un diritto per il marito, ma anche un obbligo da cui non può esonerarsi addossandolo alla moglie. Senza dubbio, ma quest'obbligo non importa nessuna conseguenza giuridica poichè il marito non è responsabile della sua gestione. Egli amministra come vuole. Dunque può anche incaricare la moglie d'amministrare per lui. Non è già ch'egli le imponga la gestione, poichè la moglie è libera di non accettare il mandato. Però questa libertà esiste più in diritto che in fatto, in forza della dipendenza in cui si trova la moglie. In diritto questa subordinazione non impedisce alla moglie di contrattare, ma si capisce come in fatto il giudice ne tenga conto quando si tratta di determinare le obbligazioni della moglie. È in questo senso che gli autori dicono che il mandato di amministrare la comunione non assoggetta la moglie a tutte le obbligazioni che il mandato impone al mandatario. Noi non oseremmo dir questo in diritto. Ov'è la legge la quale autorizza l'interprete ad ammettere questa eccezione? E gli è permesso derogare alla legge senza testo? Gli editori di Zachariae dicono che la moglie non sarebbe tenuta che pel suo dolo. È una deroga formale all'art. 1992, secondo il quale il mandatario risponde non solamente del suo dolo, ma anche delle colpe con minor rigore, perchè il mandato della moglie è necessariamente gratuito. In questo caso la responsabilità del mandatario è meno rigorosa (2). Si vede come il giudice abbia una certa larghezza nell'applicazione dei principii che reggono la responsabilità. Egli può usarne a favore della moglie. È tutto quello che i principii consentono.

---

(1) Vedi alcune applicazioni di questo principio nelle sentenze citate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Mariage*, n. 849, 4, 7.

(2) AUBRY e RAU, t. VI, p. 331 e nota 20, § 509. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 84, n. 791.

103. La giurisprudenza è andata anche più in là. Essa ha posto la moglie fuori del diritto comune. È stato giudicato ch'essa non deve render conto della sua gestione. « Quando la moglie amministra i beni della comunione secondo l'*autorizzazione* che le è data dal marito, dice la Corte d'Aix, non si può assoggettarla a tutta la responsabilità che pesa sugli altri mandatarii ». Non può parlarsi d'*autorizzazione*; occorre un *mandato* perchè la moglie abbia il diritto di amministrare i beni comuni. Per qual motivo questo mandato non avrebbe gli effetti di ogni altro mandato? Perchè, si dice, la responsabilità della moglie cambierebbe le condizioni alle quali la legge ha voluto sottoporre la società coniugale e comprometterebbe gravemente i diritti della moglie. Ma ciò non è esatto. La comunione resta quello che è, solo che la moglie risponderà della sua gestione. Se il mandato conferito alla moglie non è il mandato ordinario, che cosa è dunque? La Corte limita le obbligazioni della moglie a fare inventario ed a rispondere della occultazione e della distrazione. Essa non deve rendere altri conti (1). Questo è arbitrio bello e buono. Rodière e Pont censurano giustamente la sentenza della Corte d'Aix. Essi vogliono che la moglie renda conto, ma una volta reso il conto, essi dicono, non risponderà che del suo dolo (2). Anche questa dottrina è arbitraria, perchè deroga a un testo di legge.

La Corte di Bordeaux adduce alcune ragioni per giustificare la differenza che stabilisce fra la moglie e il mandatario ordinario. Essa ammette che la moglie non è dispensata dal rendere il conto, ma questo conto non deve essere dettagliato ed appoggiato a pezze giustificative. La confidenza e i riguardi che devono regnare fra coniugi, l'affezione che li porta a non distinguere l'uno dall'altro, la natura stessa dell'amministrazione della moglie non permettono d'imporle le precauzioni che la prudenza e la legge comandano nelle relazioni ordinarie della vita e nei rapporti da mandatario a mandante. Basta, quanto alla moglie, ch'essa abbia fatto, avuto riguardo alle circostanze, alla condizione dei coniugi, alla sostanza del marito, al bisogno della situazione, un impiego conveniente dei fondi che le sono stati affidati. Nel caso concreto si trattava dell'impiego d'una somma di venticinquemila lire che il banchiere del marito divenuto pazzo aveva consegnato alla moglie al momento della sua partenza dall'isola della Riunione per la Francia (2). Le considerazioni invocate dalla Corte di Bordeaux sono giuste, ma vanno rivolte al legislatore. In diritto esse non autorizzano a creare un mandato diverso da quello che la legge conosce, salvo al giudice usare del potere quasi discrezionale che gli accorda l'art. 1992.

---

(1) Aix, 15 gennaio 1838 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1606).
(2) Bordeaux, 14 giugno 1853 (Dalloz, 1854, 2, 39).

La Corte di Besançon ha tentato di dare un fondamento giuridico alla dottrina consacrata dalla giurisprudenza. A nostro avviso, essa è riuscita malissimo. La sentenza prende per punto di partenza l'art. 1420 e l'art. 1409, il che implica già una confusione di concetti, poichè uno di questi articoli parla dell'autorizzazione e l'altro del mandato, cose essenzialmente diverse (n. 100 . Risulta dai detti articoli, osserva la Corte, che la moglie mandataria non si obbliga personalmente e che i suoi impegni, in tale qualità, sono esclusivamente a carico della comunione. Senza dubbio, ma ciò prova forse che la moglie non sia responsabile dell'esecuzione degli impegni che ha assunto accettando il mandato, e che anche questi impegni cadono a carico della comunione? La cosa non ha senso. A riguardo del marito, continua la sentenza, la moglie non potrebbe essere soggetta a tutte le esigenze degli art. 1991 e seg., specialmente all'obbligazione di rendere un conto regolare e di dar ragione della sua gestione nelle forme legali. Si mette dunque la moglie fuori e al di sopra della legge. E il motivo? Il motivo è che il marito non cessa di conservare l'autorità coniugale, sia sulla persona della moglie, sia sulla comunione, di cui rimane necessariamente il capo. Chi ne dubita? Ma questo impedisce al marito di dare un mandato alla moglie? E se glielo conferisce, non si devono applicare le regole del mandato? La moglie, dice la Corte, è sempre sotto la dipendenza del marito e soggetta alla sua volontà. Essa agisce sotto il suo controllo e sotto la sua direzione; essa non fa, realmente, che rappresentarlo, e, in forza di questa subordinazione, gli atti della moglie che amministra la comunione devono essere considerati come atti dello stesso marito. Se ciò ha un senso vuol dire che la responsabilità della moglie mandataria ricade sul marito mandante, di modo che è il mandante cha risponderebbe della gestione da lui affidata al mandatario. Ecco un'eresia giuridica più che altre mai. Tutto quanto la Corte concede, ed anche questa è un'inconseguenza, è che la moglie non può nulla distrarre fraudolentemente. Fuori di questa eccezione, *le colpe della moglie* sono *delitti di comunione*, e l'azione del marito contro la moglie si ritorcerebbe contro il marito (1). É quanto dire che il marito è a un tempo mandante e mandatario! Decisamente la giustificazione della giurisprudenza è la condanna della dottrina ch'essa ha consacrato.

104. La situazione è più singolare quando il marito dà mandato alla moglie di amministrare i beni personali a lei. Si può domandare se un simile mandato è valido. Non si tratta piuttosto d'una autorizzazione? Le sentenze che verremo esaminando non contestano la validità del mandato. É vero che, nella specie, il proprietario è incaricato di amministrare i suoi proprii beni

(1) Besançon, 18 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 2, 212).

come mandatario, il che costituisce certamente una singolarità giuridica. Ma pure essa si spiega. Il marito è, in virtù della legge o della convenzione tacita dei coniugi, amministratore dei beni della moglie, come è amministratore della comunione. Egli può affidare l'una o l'altra amministrazione ad un mandatario, e quindi alla moglie. La moglie amministrerà, non come proprietaria, ma come mandataria. Quale sarà l'effetto di questo mandato?

Il marito dà mandato alla moglie d'impiegare il prezzo dei suoi beni proprii alienati. Accade che l'impiego sia mal cauto e si perda il prezzo. Sorge la questioue di sapere se il marito ne è responsabile. La Corte di cassazione si è pronunciata per l'affermativa, che non ci pare dubbia. Il marito è amministratore legale dei beni della moglie, e come tale è responsabile. Può egli sottrarsi a questa responsabilità dando procura alla moglie di fare ciò che dovrebbe fare egli stesso, l'impiego dei suoi beni proprii alienati? No, certo, perchè la moglie mandataria agisce in nome del marito. Si ritiene dunque che l'impiego sia fatto dal marito, in quel modo che ogni atto del mandatario è atto del mandante. Dunque l'impiego dei fondi che il marito dà alla moglie mandato di operare è fatto da lui, e quindi ne risponde. Si domanderà che cosa diviene il mandato e la responsabilità del mandatario. La Corte di cassazione non ne dice nulla, e dai termini assoluti della sentenza si potrebbe indurre che la moglie non incorre alcuna responsabilità (1). Se tale fosse il concetto della Corte, sarebbe un errore. Il marito mandante deve avere un'azione contro la moglie mandataria. Questa è responsabile dell'esecuzione del mandato che ha accettato, responsabilità che, in fatto, sarà apprezzata meno rigorosamente che quella del marito, quantunque anche il marito sia un mandatario, per le ragioni che abbiamo esposto. Le circostanze possono essere tali che la moglie sia esonerata da ogni responsabilità. Infatti, la moglie non risponde che della colpa lieve *in concreto*, vale a dire che non deve riporre nella sua gestione se non quelle cure che usa negli affari suoi proprii (t. XVI, n. 224). A riguardo del marito, si spiegherà una severità maggiore perchè in fatto egli conosce gli affari meglio della moglie. È così che si conciliano i due principii, quello della responsabilità del marito e quello della responsabilità della moglie mandataria (2).

105. Abbiamo supposto fin qui un mandato espresso. È il caso che pare contemplato dall'art. 1420, poichè esso parla d'una procura generale o speciale, e la parola *procura* va presa nel senso dell'art. 1992, il quale suppone un mandato conferito per iscritto o verbalmente, e quindi espresso. Il mandato può

(1) Rigetto, 8 febbraio 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).
(2) Cfr. rigetto, 25 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 148).

anche essere tacito. La dottrina e la giurisprudenza ammettono che la moglie ha un mandato tacito di fare tutte le spese di famiglia, di modo che, facendole, essa non si obbliga personalmente, poichè agisce come mandataria, ma obbliga il marito, di cui è mandataria, e, per conseguenza, la comunione. Qual'è il fondamento di questo mandato tacito? Il mandato è un contratto, che esige il consenso del marito e della moglie. Ogni consenso può essere o espresso o tacito. Il consenso tacito non è un consenso presunto, ma un concorso di volontà che risulta dai fatti. Ora, è facile convincersi che il fatto del matrimonio produce questo consenso tacito, in virtù del quale la moglie è incaricata di fare, in nome del marito, tutte le spese di famiglia. Il matrimonio impone delle obbligazioni ai coniugi. Essi devono alimentare ed educare i loro figli (art. 203). I coniugi si devono scambievolmente soccorso ed assistenza, e quindi sono tenuti reciprocamente all'obbligo degli alimenti nel suo più largo significato (art. 212). Il marito, specialmente, ha il dovere di somministrare alla moglie tutto ciò che le è necessario ai bisogni della vita, in proporzione delle sue sostanze e a seconda del suo stato (art. 214). Perchè la legge non parla che del marito? Se il marito non avesse beni, la moglie dovrebbe somministrargli tutto ciò che occorre. La legge parla del marito, perchè è lui che è il capo della società coniugale, è a lui che la moglie apporta una dote per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio. Vi ha dote sotto tutti i regimi (t. XXI, 157), poichè vi sono sempre pesi da sostenere. Questi pesi non cambiano natura a seconda dei regimi, ed è sempre il marito che deve provvedervi.

Come adempie egli a questa obbligazione? Bisogna fare all'uopo convenzioni giornaliere ed incessanti che vanno comprese sotto il nome di spese di famiglia. È il marito che deve farle? Ciò non è possibile. Le sue occupazioni non glielo permettono. Egli deve tutto il suo tempo al lavoro, che è la missione della sua vita. Anche la moglie ha la sua missione, quella di presiedere al governo della casa. Ecco perchè si chiama buona massaia. Ma la moglie non può accudire alle faccende domestiche senza contrattare, ed essa è incapace di contrattare. Si dirà che il marito può autorizzarla? È impossibile, poichè il marito dovrebbe intervenire tutti i momenti per autorizzare la moglie. Inoltre l'autorizzazione non risponderebbe ai bisogni della situazione. È il marito che è il capo della famiglia, ed è a lui, non alla moglie, che spetta contrattare ed obbligarsi. Non può dunque parlarsi d'autorizzazione. Non potendo il marito agire egli stesso, non gli resta che dar mandato alla moglie. Questo mandato deve essere conferito per iscritto o verbalmente? No, è inutile. Pel fatto solo del matrimonio il marito sa che vi è una casa da dirigere, e sa che questa missione spetta alla moglie, la quale, alla sua volta, conosce che questo sarà il suo primo dovere. Si forma

così un concorso di volontà tacite tendenti a costituire la moglie mandataria per fare le spese di famiglia (1).

106. La tradizione è in questo senso (2). Dottrina e giurisprudenza sono pure conformi. Tuttavia dobbiamo richiamare l'attenzione dello studioso sulla confusione che già abbiamo rilevata fra il mandato tacito e l'autorizzazione. Il 10 ottobre 1792 la duchessa di Choiseul-Stoinville firma, a favore della signora Bastin, modista della regina, un'obbligazione di quarantunmila e seicentosettantuna lire, importo di forniture che le erano state fatte. La Corte di Parigi condanna la duchessa a pagare. Questa ricorre per violazione della consuetudine di Parigi, la quale non permetteva alla moglie di obbligarsi senza l'*autorizzazione* del marito. La Corte respinge questo mezzo decidendo che la giurisprudenza aveva modificato l'incapacità della moglie in quanto riguardava i suoi bisogni personali e l'andamento della casa, pei quali la moglie poteva obbligarsi senza l'autorizzazione del marito, se le spese erano proporzionate alla sua condizione ed alle sue sostanze (3). Ecco l'errore evidente. Lasciamo da parte la giurisprudenza antica. Anche il codice Napoleone dichiara la moglie incapace di contrattare senza l'autorizzazione maritale. Ma si può dire che per le spese di famiglia l'incapacità della moglie sia sanata? No, giacchè occorrerebbe un testo il quale consacrasse questa eccezione, e il legislatore si è ben guardato dal farlo, perchè, se la moglie agisce personalmente con autorizzazione, sarebbe debitrice e tenuta a pagare sui suoi beni, mentre, secondo l'art. 1409, n. 5, le spese di famiglia costituiscono un debito di comunione. È dunque come mandataria che la moglie agisce e, come tale, essa non si obbliga personalmente, ma obbliga il marito e la comunione.

Una sentenza della Corte di Douai è concepita quasi negli stessi termini, salvo che la Corte condanna il marito a pagare gli abiti che la moglie aveva acquistati. Queste spese, dice la Corte, rientrano nei limiti dell'amministrazione della cosa naturalmente affidata alla moglie. E siccome esse non hanno nulla d'eccessivo, avuto riguardo alla sostanza ed alla condizione sociale del marito, *si ritiene* che questi *le abbia autorizzate* e non può rifiutarsi di pagarle sotto il pretesto che non vi sarebbe stata *autorizzazione espressa* da parte sua (4). Se si fosse trattato d'*autorizzazione*, il marito avrebbe avuto ragione di rifiutarsi al pagamento, perchè l'art. 317 esige ch'egli consenta per iscritto o che concorra nell'atto. Ma non si trattava d'autorizzazione. La stessa Corte lo ammette, poichè dice che l'amministrazione della casa è naturalmente affidata alla moglie.

---

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 236, n. 261. Rodière e Pont, t. II, p. 86, n. 792. Marcadé, t. V, p. 518, n. 1 dell'art. 1420.

(2) Vedi le fonti in Aubry e Rau, t. V, p. 340, nota 49, § 509 (4.ª ediz.).

(3) Rigetto, 7 novembre 1820 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1006).

(4) Douai, 24 dicembre 1833 (Dalloz, 1847, 2, 59).

Essa è incaricata di questa gestione quale mandataria, e lo è in virtù di un mandato tacito. Non è una questione di parole. Noi abbiamo cominciato collo stabilire le differenze essenziali che esistono fra l'autorizzazione maritale e il mandato che il marito dà alla moglie (n. 100). Serviamoci dunque di vocaboli bene appropriati, affinchè alla inesattezza del linguaggio non segua la confusione dei principii.

107. Qual'è l'oggetto di questo mandato tacito e quali ne sono i limiti? Può esservi mandato tacito, come mandato espresso per ogni cosa. Ci limitiamo per ora a parlare del mandato che risulta dal matrimonio. Esso ha specialmente per oggetto le provviste al dettaglio che si fanno ogni giorno pei bisogni della famiglia. Il presidente Lemoignon l'aveva formulato così nel suo massimario: « L'obbligazione della moglie contratta sotto l'autorità del marito per viveri e provviste ordinarie della casa, per merci di panno, tele ed altre stoffe serventi all'uso necessario ed ordinario, è valida ». Si è lamentato che gli autori del codice non abbiano formulato una disposizione analoga (1). A noi pare che sia stato meglio lasciare ai giudici una grande larghezza in questa materia, la quale è tutta di fatto. Così Lemoignon non parla che dei viveri e degli abiti. Ma il mandato della moglie non ha una estensione maggiore? La Corte di cassazione ha ammesso il mandato tacito per gli acquisti di mobili, e stabilisce il principio in termini molto generali per tutte le spese ordinarie comandate dalla moglie. Queste spese, dice la Corte, essendo fatte sotto gli occhi del marito, senza contraddizione da parte sua, si ritengono fatte col suo consenso. Nella specie si trattava di mobili per arredare l'appartamento occupato dal marito e dalla moglie. La sentenza rileva il fatto, il che prova che la decisione dipende dalle circostanze della causa (2).

Avendo la moglie il diritto di fare queste spese, ha per ciò stesso quello di regolarne la portata e di rilasciare obbligazioni a favore del creditore (3). Se un terzo paga tali debiti, o fa delle anticipazioni alla moglie per pagarli, questa nuova obbligazione avrà egualmente per oggetto le spese della famiglia (4).

108. Quanto all'effetto del mandato tacito, si applicano i principii generali che reggono il mandato (n. 100). Il marito e la moglie erano stati escussi da alcuni creditori. Fu giudicato che la moglie non si obbliga personalmente, ma vincola soltanto la comunione quando contrae debiti per le provviste proprie e dei figli, poichè agisce in nome del marito il quale, come

---

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 237, n. 262.

(2) Rigetto, 5 frimaio anno XIV (Dalloz, v. *Mariage*, n. 807).

(3) Parigi, 25 febbraio 1826, Rennes, 26 agosto 1820 (Dalloz, *Contrat de mariage*, n. 1014).

(4) Aubry e Rau, t. V, p. 340, nota 19, § 509.

capo della comunione, ha conferito il mandato tacito di contrattare in suo luogo e vece (1).

Dovrà dirsi per questo che il marito debba pagare tutti i debiti contratti dalla moglie pei bisogni della famiglia? Se si trattasse d'un mandato espresso, l'affermativa non sarebbe dubbia. Il mandatario, limitandosi ad eseguire gli ordini del mandante, non deve preoccuparsi se le spese sono necessarie o meno. Non così del mandato tacito. Il marito non dà certamente facoltà alla moglie di fare spese eccessive. Vi hanno qui considerazioni di fatto che devono essere apprezzate dal giudice. La spesa varia secondo la sostanza, secondo la condizione sociale e sopratutto secondo i gusti ed i bisogni ben sovente fittizii di coloro che li creano. I tribunali potrebbero dunque ridurre le fatture dei fornitori. Questi non devono far credito per spese troppo ingenti. Ciò fu già avvertito da D'Argentré. La moglie non può obbligare il marito oltre quanto avrebbe speso il marito stesso. Le spese eccessive potrebbero disordinare i suoi affari e spiacergli anche sotto altri rappporti. Le calzature fine feriscono il piede, dice il vecchio D'Argentré, ma non sempre si sa ove sia la ferita (2). La giurisprudenza è in questo senso. Spetta ai creditori, dice la Corte di Poitiers, se loro pare che la moglie abusi, restringere il credito che le accordano. Una giovine sposa, di diciassette anni, che aveva appena ricevuto il corredo conforme alla sua condizione, acquista, secondo la fattura della mercantessa, per millesettecento lire di lini finissimi, di merletti, mussoline, cuffie. La Corte di Rouen ha giudicato che vi era eccesso ed anche dolo. Essa dichiarò il debito nullo, ad eccezione d'un acconto di trecento lire ch'era stato pagato dalla sposa (3).

109. Il mandato tacito suppone che i coniugi vivano insieme, suppone la vera vita di famiglia, quando ciascuno dei coniugi adempie alla propria missione. Che dovrà dirsi se i coniugi vivono separati, non in forza di separazione giudiziale, ma in seguito ad accomodamenti intervenuti fra loro, perchè la vita comune è divenuta loro insopportabile? È certo che in queste circostanze, non si può più ammettere un mandato tacito, poichè il mandato si forma col concorso dei consensi. E come vi sarebbe concorso di volontà ove i sentimenti sono discordi e ostili? Però non si potrebbe conchiudere, come conchiude Toullier, che le spese fatte dalla moglie restino personalmente a suo carico (4). Se non vi ha mandato tacito, vi è un altro prin-

(1) Poitiers, 17 giugno 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22).

(2) D'Argentré sull'art. 424 della *Consuetudine di Bretagna*, glossa 2, p. 1499, ediz. del 1661 (Rodière e Pont riportano il passo, t. II, p. 90, n. 795). Colmet de Santerre, t. VI, p. 138, n. 63 *bis* III.

(3) Poitiers, 17 giugno 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22). Rouen, 27 dicembre 1809 (Dalloz, v. *Mariage*, n. 809, 4.°).

(4) Cfr. Toullier, t. VI, 2, p. 245, n. 272. Rodière e Pont, t. II, p. 87, numero 793.

cipio che pone le spese a carico del marito. Finchè il matrimonio dura, e quand'anche i coniugi vivessero separati, il marito rimane capo della società coniugale, e come tale tenuto a provvedere alle necessità della moglie e dei figli (art. 212 e 203). Dunque le spese che la moglie, quantunque separata, fa per il mantenimento suo e dei figli devono essere sopportate dal marito. Resta a sapersi contro chi i creditori hanno azione. In massima, essi contrattano colla moglie. Questa non può, e ne abbiamo detto testè la ragione, allegare alcun mandato. Ma, alla sua volta, la moglie ha azione contro il marito. I creditori possono dunque agire contro il marito in nome della moglie, loro debitrice. È il diritto comune dell'art. 1166. I creditori avrebbero anche un'azione diretta contro il marito quali suoi gestori d'affari, non perchè vi sia un quasi-contratto propriamente detto, ma perchè si tratta d'una spesa che torna a vantaggio del marito, giacchè avrebbe dovuto farla egli stesso. I creditori avrebbero dunque l'azione fondata sull'equità che gli interpreti chiamano azione *de in rem verso* (t. XX, n. 334) (1).

110. La giurisprudenza è in questo senso. Due coniugi vivono separati. Il marito paga alla moglie una pensione annua di duemila lire. Dopo questa separazione volontaria il marito annuncia, ripetute volte, sopra un giornale del luogo, che, avendo la moglie un reddito fisso pei suoi bisogni, egli non intende di essere molestato per debiti ch'essa potesse contrarre. La moglie va in seguito ad abitare un'altra città dove contrae dei debiti verso alcuni fornitori. Questi escutono il marito. La Corte di Besançon ha giudicato anzitutto che la moglie non era più mandataria del marito, non potendo supporsi il mandato quando i coniugi vivono separatamente. In prima istanza il giudice aveva ammesso l'azione dai creditori pel motivo ch' essi non avevano potuto conoscere gli annunci inseriti nel giornale dal marito. La Corte risponde che i fornitori devono informarsi della condizione delle persone alle quali fanno credito. Se, nel caso concreto, se ne fossero informati, sarebbe stato loro facile d'apprendere che trattavano con una donna maritata, divisa dal marito, e che, per conseguenza, non potevano più considerarla come mandataria di lui. Essi avevano la colpa d' aver continuate le loro forniture a credito per sette mesi senza assumere informazioni. La Corte conchiude ch'essi non avevano azione alcuna, perchè non potevano agire contro il marito che in nome della moglie, loro debitrice. Ora, questa non aveva il diritto di agire, poichè percepiva la pensione che il marito si era obbligato a pagarle (2).

Si presentano casi più delicati, che vanno risolti con un altro motivo. In seguito ad una separazione volontaria e ad intelli-

(1) Rennes, 26 agosto 1820 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1014).
(2) Besançon, 25 luglio 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 149).

genze prese col suocero, il marito rimette a costui annualmente la somma di quattromila lire, ammontare degli interessi della dote che aveva ricevuto. La moglie abbandona il domicilio del padre e va a prender stanza in un albergo. Da questo momento il marito cessa di pagarle la pensione fondandosi sul fatto ch'essa aveva abbandonato contro la sua volontà il domicilio paterno e che non risiedeva in quello statole assegnato da un'ordinanza del giudice in seguito alla domanda di separazione personale proposta contro di lei. La Corte d'appello condannò tuttavia il marito a pagare integralmente la pensione, senza tenere alcun conto delle reiterate diffide ch'egli aveva fatte all'albergatore di non fare anticipazioni nè somministrazione alcuna alla moglie. La sentenza adduce l'obbligazione che incombe al marito di provvedere ai bisogni della moglie. Ora, nel caso concreto, il marito non vi aveva provveduto, poichè non pagava più nessuna pensione alla moglie. Interposto ricorso, intervenne una sentenza di cassazione. I motivi sono degni di nota. La Corte dice che il marito non era obbligato verso l'albergatore in forza d'un contratto. Le sue pretese rendevano impossibile ogni convenzione. Era egli obbligato in forza d'un quasi contratto verso il fornitore? La Corte d'appello non ne parlava. Qui stava il vizio della sentenza. I fornitori possono avere azione contro il marito per il vantaggio che gli hanno procurato colle loro somministrazioni, giacchè essi pagano un debito che incombe al marito. La Corte d'appello avrebbe dovuto, dice la Corte suprema, esaminare l'importanza e il valore del vantaggio personale che le somministrazioni avevano procurato al marito. Essa avrebbe dovuto apprezzare la diffida del marito, l'abbandono fatto dalla moglie del domicilio che le era stato assegnato dall'ordinanza del giudice. Così la Corte riconosce che i fornitori hanno contro il marito l'azione *de in rem verso*. Ma siccome questa azione è fondata sul profitto che il marito ritrae dalle somministrazioni, è d'uopo che i giudici valutino questo profitto, altrimenti la sentenza di condanna manca di fondamento giuridico (1).

Può darsi che il marito sia in colpa. In questo caso la decisione è assai facile. Il marito abbandona il domicilio coniugale, e non provvede ai bisogni della moglie e dei figli. La sua obbligazione è certa, ma non si può dire ch'egli dia mandato alla moglie. Il mandato tacito suppone la vita comune. Non si può più ammetterlo quando il marito abbandona la moglie. Ma i fornitori fanno l'interesse del marito nel senso che gli rendono servizio fino a concorrenza di quanto egli stesso avrebbe dovuto spendere pei bisogni della moglie. Dunque entro questi limiti essi hanno azione contro di lui (2). A maggior ragione il marito

(1) Cassazione, 12 gennaio 1874 (DALLOZ, 1874, 1, 154).

(2) Cfr. Parigi, 25 febbraio 1826. Rennes, 26 agosto 1820 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1014).

è obbligato se rifiuta di tenere la moglie presso di sè, o se con sevizie ed oltraggi la costringe ad abbandonare la casa coniugale (1). È inutile fermarsi su queste tristi questioni. Il diritto della moglie è certo e, per conseguenza, i creditori hanno l'azione *de in rem verso* contro il marito.

111. Qualunque mandato cessa colla revoca, e quindi anche il mandato tacito (art. 2003). Il principio è incontestabile, ma l'applicazione solleva alcune difficoltà. Come può il marito revocare il mandato che è una conseguenza del matrimonio? S'egli notifica la revoca ai fornitori soliti, la moglie si rivolgerà ad altri. Da ciò è venuto l'uso d'inserire la revoca del mandato nei giornali. Basterà questa inserzione per rendere inammissibile l'azione dei fornitori? A termini dell'art. 2005, i terzi possono invocare l'ignoranza in cui si trovano d'una revoca che è stata notificata al solo mandatario. Essi potranno anzi opporre al marito che non hanno letto l'annunzio apparso sui giornali, e spetterebbe al marito somministrare la prova contraria (2).

Si presentano altre difficoltá. Se il marito revoca il mandato, la moglie sarà obbligata personalmente? La moglie che non è mandataria non può obbligarsi che coll'autorizzazione del marito o del tribunale. Se non è autorizzata, l'obbligazione è nulla. Avranno i creditori l'azione *de in rem verso?* Contro la moglie, no, perchè essi non fanno l'interesse della moglie, ma, tutt'al più, l'interesse del marito. Diciamo *tutt'al più*, perchè, se il marito provvedesse ai bisogni della moglie, i fornitori non potrebbero dire di aver pagato un debito che venne soddisfatto dallo stesso marito. Non avrebbero dunque azione contro costui che nei limiti del vantaggio ad esso procurato (3).

112. Il mandato tacito può esistere fra coniugi per altri oggetti all'infuori delle somministrazioni di famiglia. Il marito, per esempio, è commerciante ed illetterato. La moglie firma e contratta come mandataria generale del marito, senza che vi sia procura scritta o verbale. Vi ha concorso di consenso, e ciò conferisce alla moglie il diritto di agire in nome del marito. Non bisogna confondere questo caso coll'altro in cui la moglie è mercantessa pubblica in virtù dell'autorizzazione maritale. Essendo autorizzata, essa si obbliga personalmente, e obbliga anche, se è in comunione di beni, la comunione e il marito. Come mandataria invece non si obbliga personalmente, ma obbliga il mandante, il marito e, per conseguenza, la comunione (4).

---

(1) Bordeaux, 8 giugno 1839 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1011).
(2) Rodière e Pont, t. II, p. 90, n. 796.
(3) Aubry e Rau, t. V, p. 341 e nota 58, § 509 (4.ª ediz.).
(4) Angers, 27 febbraio 1819 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1021).

§ VII. — *La moglie è un terzo a riguardo del marito?*

113. Siffatta questione venne vivamente agitata nel Belgio. Essa fu però definita da una legge interpretativa che ci dispensa dall'entrare nei dettagli della controversia (1). Cade in comunione un credito proprio della moglie. Il marito lo riscuote e ne rilascia quitanza mediante privata scrittura. La quitanza porta una data anteriore alla separazione personale pronunciata fra i coniugi, ma questa data non è certa. Si domanda se il debitore può opporre la quitanza alla moglie. Gli è chiedere se la moglie sia un terzo nel senso dell'art. 1328. Noi crediamo che la moglie non è mai un terzo quanto agli atti compiuti dal marito sotto il regime di comunione. Trattandosi d'atti che il marito fa come capo della comunione e che concernono gl'interessi della comunione medesima, la moglie non è un terzo. Perchè la questione possa sollevarsi bisogna supporre che la moglie accetti la comunione, giacchè, se la rifiuta, essa è estranea a tutto ciò che il marito ha fatto. Se l'accetta, si ritiene che abbia concorso a tutti gli atti del marito, come se vi avesse figurato personalmente. Essendo parte nell'atto, come potrebbe ella essere un terzo? Si è obbiettato che la moglie non è avente causa del marito, e se ne è indotto che quindi è un terzo. No, certo, la moglie non è un avente causa, perchè non deriva il suo diritto dal marito, ma dalla legge, o, se si vuole, dalla comunione che i coniugi hanno formato tacitamente maritandosi senza contratto. Ma dal fatto ch'essa non è avente causa si deve conchiudere che è un terzo? Essa è più che avente causa, è parte nell'atto compiuto dal marito. In altri termini, le distinzioni di terzo e di avente causa non sono applicabili alla specie. Bisogna dunque lasciar da parte l'art. 1328, perchè estraneo alla questione.

Se il marito ha agito come amministratore legale, la condizione è ben diversa. Poco importa, in questo caso, che la moglie accetti la comunione o che vi rinunci. L'accettazione o la rinuncia sono estranee agli atti d'amministrazione fatti dal marito. Quand'anche la moglie rinunciasse, il marito sarebbe sempre stato amministratore dei di lei beni. È unicamente nel fatto dell'amministrazione che bisogna trovare il motivo del decidere. Ora, l'amministrazione legale è un mandato di cui la legge investe il marito. La questione, e non è sola, sta dunque nel sapere se il mandatario sia terzo relativamente agli atti compiuti dal mandante.

---

(1) Vedi Liegi, 10 gennaio 1846, cassata con sentenza del 14 maggio 1847. Su rinvio, Gand, 30 dicembre 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 12), cassata dalla Corte suprema a sezioni riunite, 17 marzo 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 158).

Non è il mandatario che contratta; è il mandante che agisce per mezzo del mandatario. Dunque il mandatario è parte nell'atto e, essendo parte, è impossibile che sia un terzo. Si sono obbiettati gli inconvenienti che risultano da questo sistema. Non può il marito, dopo la separazione personale, fare degli atti in danno della moglie e antidatarli? Rispondiamo ciò che abbiamo detto sovente, che gli inconvenienti non sono una ragione di decidere. Si può anche, e lo si è fatto, segnalare degli inconvenienti che presenta l'opinione contraria. Che c'importa? Ciò riguarda il legislatore; l'interprete non deve preoccuparsene. Dal momento che il senso d'una legge è chiaro, perchè risulta dal suo testo e dal suo spirito, l'interprete deve ammetterlo quali che siano gli inconvenienti che ne risultano. Ora, nella specie, i principii, come noi li abbiamo formulati, non lasciano alcun dubbio. Queste lunghe controversie vennero offuscate dall'essersi creduto che l'art. 1320 fosse applicabile ad un ordine di concetti al quale invece è estraneo. La moglie non è terzo nè avente causa, ma parte.

114. Gli è quanto il ministro della giustizia ha nettamente dichiarato nella discussione della legge interpretativa: « Presumendosi la moglie come *parte* interveniente in tutti gli atti che il marito fa in forza della podestà maritale, tutti questi atti, secondo l'art. 1322, hanno la stessa forza e fanno la stessa fede, tanto a riguardo della moglie quanto a riguardo del marito o dei suoi eredi. Ecco il vero significato dell'art. 1322 » (1).

È in questo senso che devesi intendere la legge interpretativa del 28 aprile 1850, la quale è così concepita: « La scrittura privata a firma del marito riferentesi a redditi di beni personali alla moglie, se è riconosciuta da colei contro cui si produce, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra essa e quelli che la sottoscrissero, anche dopo la separazione di corpo e di beni ». Si è indotto dalla legge che la moglie è avente causa del marito per tutti gli atti dal medesimo compiuti (2). L'induzione non ci pare esatta. Essa rimette la questione sul terreno dell'art. 1328, mentre il ministro della giustizia diceva giustamente che la moglie è *parte* nell'atto, il che esclude tanto il concetto di *avente causa* quanto quello di *terzo*. La moglie è più che avente causa, è parte. Presunta, dice il ministro, perchè in realtà essa non figura nell'atto, ma si ritiene che vi sia intervenuta insieme col marito quando accetta la comunione. Anche la Corte di cassazione di Francia s'è pronunciata in questo senso. La moglie, essa dice, quando *accetta* non è un terzo (3). Che cosa è dunque? Avente causa? No, perchè accettando diviene parte nel contratto.

---

(1) Seduta della Camera dei rappresentanti del 17 aprile 1850.

(2) Discorso del procuratore generale LECLERCQ (*Pasicrisie*, 1870, 1, IX) e le sentenze di Bruxelles e di Liegi citate più avanti in nota.

(3) Rigetto, 13 marzo 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 100).

115. La legge del 1850 è speciale, come ogni legge interpretativa, poichè venne promulgata per risolvere una difficoltà particolare su cui la Corte di cassazione s'è trovata in disaccordo colle Corti di Liegi e di Gand. Essa parla soltanto di un atto che il marito fa come amministratore dei beni della moglie, ma s'intende che si debba applicarla a qualunque atto il marito faccia in tale qualità, il motivo di decidere essendo identico. Che dovrà dirsi degli atti che riguardano la comunione e che il marito fa come capo? Secondo la nostra opinione, che è quella del ministro della giustizia, l'art. 1322 risponde alla domanda, ossia, essendo la moglie parte nell'atto, la data fa fede a suo riguardo come fa fede a riguardo del marito firmatario. La giurisprudenza delle Corti di Bruxelles e di Liegi è in questo senso, ma i motivi che esse adducono non sono soddisfacenti. La Corte di Bruxelles invoca la teoria del mandato. Il marito, essa dice, amministratore legale della comunione, deve essere considerato, per rapporto ai diritti della moglie sui beni comuni, come suo mandatario legale, e sta la regola che l'atto firmato dal mandatario fa fede della sua data contro il mandante (1). La Corte confonde l'amministrazione della comunione coll'amministrazione dei beni della moglie. Quanto ai beni della moglie, il marito è amministratore mandatario. Quanto ai beni comuni, il marito amministratore è signore e padrone, e la moglie si ritiene che concorra in tutti i suoi atti, quando accetta la comunione. Essa non è dunque mandante, ma comproprietaria e parte. La Corte di Liegi dice che la legge del 1850 relativa ad atti compiuti dal marito come amministratore dei beni della moglie deve essere a maggior ragione applicata quando si tratta di atti relativi alla comunione, poichè il marito ha su questi beni diritti molto più estesi che non sui beni personali della moglie (2). Non è questa una buona ragione. Non si tratta dei poteri del marito, ma della parte che la moglie rappresenta nell'atto. È mandante o comproprietaria? Ecco la vera questione.

116. Nel caso giudicato dalla Corte di Liegi, la moglie separata di corpo e di beni aveva conchiuso in subordine che l'atto del marito, il quale portava una data anteriore allo scioglimento della comunione, fosse dichiarato fraudolento. La moglie è certamente ammessa a provare la frode, malgrado che accetti la comunione, perchè non si può dire ch'essa concorra alla frode perpetrata contro di lei. Ma la moglie, attrice, deve provare la frode. Nel caso concreto la sua domanda venne respinta, perchè fondata sopra semplici affermazioni.

---

(1) Bruxelles, 29 gennaio 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 116).
(2) Liegi, 7 agosto 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 387).

Sezione IV. — Del patrimonio proprio dei due coniugi.

Articolo 1. — Dell' influenza del regime di comunione sul patrimonio proprio dei coniugi.

117. Si dice ordinariamente che i coniugi, maritandosi sotto il regime di comunione, perdono il godimento dei loro beni proprii i cui frutti e redditi entrano nell'attivo della comunione legale. Questo sarebbe vero in modo assoluto se la comunione fosse una persona civile, proprietaria e usufruttuaria. Secondo l'opinione generale, da noi seguita, la comunione altro non è che i due coniugi associati. In questo ordine di idee non si può dire che i coniugi perdano il godimento dei loro beni, poichè continuano a goderne come coniugi in comunione. Tuttavia, per quanto riguarda la moglie, è vero, in un certo senso, ch'essa non ha più il godimento dei suoi beni. Essa li porta in dote al marito il quale solo dispone dei frutti e redditi da signore e padrone. Da ciò una conseguenza importante. La moglie non avendo più il diritto di disporre dei frutti e dei redditi dei suoi beni, non può impegnarli colle obbligazioni che contrae mercè l'autorizzazione giudiziaria. Così pure i creditori anteriori al matrimonio non hanno più azione sul godimento dei beni della loro debitrice quando i debiti non hanno data certa della loro anteriorità. Rimandiamo a quanto si è detto intorno alla composizione attiva della comunione.

118. Il marito conserva il godimento dei suoi beni e acquista quello dei beni della moglie. Nulla è cambiato ai suoi diritti sul suo patrimonio. Però vi ha un'eccezione importante a questo principio, ed è che ogni debito della comunione diventa un debito del marito. Quando si tratta dei debiti suoi proprii, è naturalissimo che i debiti della comunione diventino i debiti del marito. Per meglio dire, sarebbe difficile distinguere nel marito due persone e due patrimonii. Trattandosi di atti a titolo oneroso, il marito è signore e padrone dei beni comuni, come è proprietario esclusivo dei suoi beni personali. Siccome questi due patrimonii ne formano uno solo in quanto concerne il diritto di disporre dei beni, ne segue che, quando è obbligato l'uno, è pur obbligato l'altro patrimonio. Poco importa dunque in quale qualità il marito contratti. Egli impegna sempre i suoi beni. Ora, i suoi beni sono quelli della comunione e quelli che gli restano proprii. È cosa naturale e razionale. Se il marito gode i beneficii della comunione quale signore e padrone, deve sopportarne anche i pesi.

La conseguenza è ben più grave quando si tratta dei debiti della moglie. Se i debiti sono contratti durante la comunione, il marito non ha diritto di lagnarsi, perchè la moglie non può obbligare la comunione nè i beni del marito senza autorizzazione maritale

e il marito è libero di rifiutarla. Ma nel passivo della comunione entrano anche i debiti mobiliari della moglie anteriori al matrimonio, e, per conseguenza, i creditori possono escutere il marito sui suoi beni personali. In questo senso si diceva nell'antico diritto: *Chi sposa la donna sposa i suoi debiti.* Il marito non ha che un mezzo per mettersi al coperto da questo pericolo, stipulare, cioè, la separazione dei debiti. Si è detto che, sotto questo rapporto, vi ha diseguaglianza fra il marito e la moglie. Il marito è tenuto sui suoi beni personali ai debiti della moglie, mentre la moglie non è tenuta sui suoi beni personali ai debiti del marito. È vero. Ma anche la moglie sposa i debiti del marito nel senso che, se questi ha dei debiti sconosciuti, essi graveranno la comunione. La sostanza mobile della moglie sarà perduta, e i suoi beni serviranno a pagare i debiti del marito. Ecco perchè, nell'antico diritto, in tutti i contratti di matrimonio era venuta di moda la clausola della separazione dei debiti. È l'unico rimedio al male. Il rimedio attesta contro l'organizzazione tradizionale della comunione. Riducendola agli acquisti si prevengono tutte le ineguaglianze e tutti i pericoli.

119. Abbiamo osservato come il principio che ogni debito della comunione è un debito del marito non è vero in modo assoluto che a riguardo dei creditori. Fra i coniugi, quando si tratta della contribuzione, ciascuno sopporta i debiti suoi proprii, vale a dire che sono stati contratti nel suo interesse personale. La legge lo dice tanto pei debiti anteriori al matrimonio, quanto per quelli che sono contratti durante la comunione. Questa restrizione si applica anche ai debiti del marito, nel senso che, se il marito paga sui suoi beni personali un debito che ha contratto e che deve essere sopportato dalla comunione senza compenso, avrà diritto ad un compenso, perchè la comunione si sarà arricchita a sue spese, avendo egli pagato un debito che doveva essere pagato e sopportato dalla comunione.

120. Il regime di comunione ha una conseguenza particolare alla moglie. Essa perde l'amministrazione de' suoi beni. A termini dell'art. 1428, il marito ha l'amministrazione di tutti i beni personali della moglie.

Articolo 2. — Dell'amministrazione dei beni della moglie.

§ I. — *Nozioni generali.*

121. Perchè il marito ha l'amministrazione dei beni personali della moglie, quantunque questi beni non entrino in comunione? Perchè la comunione ne ha il godimento, ed è naturale che chi gode amministri. Nessuno è più interessato ad amministrare di colui che profitta della gestione. A questo titolo, l'amministrazione dei beni della moglie doveva appartenere al marito. È

più un peso che un diritto. È giusto che il peso incomba a colui che ha i beneficii. Infine, se la legge avesse separato l'amministrazione dal godimento, avrebbe creato quotidiani conflitti fra l'amministratore e l'usufruttuario. Essa li previene affidando l'amministrazione a chi ha il godimento (1).

122. Si è preteso che l'amministrazione dei beni della moglie fosse stata data al marito in forza della podestà maritale (2). Se così fosse, l'amministrazione legale del marito sarebbe d'ordine pubblico, e i coniugi non potrebbero derogarvi colle loro convenzioni matrimoniali. A dire il vero, la podestà maritale è fuori di quistione. Lo prova il fatto che la legge permette ai coniugi di stipulare che la moglie avrà l'amministrazione e il godimento dei suoi beni (art. 1536). Questo è di diritto, sotto il regime dotale, pei beni parafernali (art. 1576). La moglie può anche sotto il regime di comunione riservarsi l'amministrazione dei suoi beni. A maggior ragione può stipulare che preleverà annualmente, dietro una semplice ricevuta, una data parte dei proprii redditi per il suo mantenimento e i suoi bisogni personali. La legge autorizza questa clausola sotto il regime che esclude la comunione (art. 1534). Vi ha la stessa ragione per permetterla sotto il regime di comunione perchè, sotto entrambi i regimi, il marito ha l'amministrazione e il godimento dei beni della moglie.

La conseguenza di questa clausola è che la somma riservata alla moglie è un bene proprio e che il marito non vi ha alcun diritto. Una moglie stipula che, sulla somma di cinquemila lire di rendita costituitale in dote dai suoi genitori, si riserva il diritto di prelevare ogni anno una somma di mille e cinquecento lire da erogare in abbigliamenti ed in opere di carità. La moglie fu costretta ad abbandonare il domicilio coniugale in seguito alle gravi minaccie del marito. Tali minaccie dovevano produrre scandali così dolorosi ch'essa non esitò a domandare immediatamente la separazione personale. Questa non fu pronunciata che sette anni più tardi. Nell'intervallo la moglie non ricevette alcun soccorso dal marito. Questi si appropriò, malgrado i reclami del suocero, le mille e cinquecento lire che sua moglie aveva diritto di percepire e che erano sua proprietà personale. Alla liquidazione della comunione la moglie reclamò la restituzione delle somme che le appartenevano e che il marito si era indebitamente appropriate. Il marito oppose che tutti i redditi della moglie spettavano a lui, perchè cadevano nell'attivo della comunione, a termini dell'articolo 1401. Egli dimenticava che il contratto di matrimonio aveva derogato al diritto comune. Il marito invocò anche gli articoli 1539 e 1578 i quali, sotto il regime di separazione e

(1) Mourlon, *Ripetizioni*, t. III, p. 57, n. 138.
(2) Troplong, t. I, p. 300, n. 973-976.

sotto il regime dotale, sciolgono il marito dall'obbligo di rendere conto della gestione che la moglie gli ha lasciato dei suoi beni personali. Basta leggere queste disposizioni per convincersi come fossero inapplicabili al caso concreto. Esse suppongono l'esistenza d'un mandato espresso o tacito che la moglie dà al marito, quando la vita è comune e i rapporti dei coniugi sono quali dovrebbero essere. Ma potrà la moglie, cacciata dal domicilio coniugale in seguito alle minaccie del marito, dare a questo un mandato di fiducia? (1).

123. L'art. 1401 permette ai donanti di escludere dalla comunione gli effetti mobili da essi donati ad uno dei coniugi. Possono anche i donanti riservare al donatario l'amministrazione e il godimento dei beni che stipulano essere di sua esclusiva proprietà? Abbiamo già incontrato più volte la questione e l'abbiamo decisa in senso affermativo conformemente all'opinione generale (2). Ci resta a completare la giurisprudenza sull'argomento.

Una madre lega alla figlia la quota disponibile de' suoi beni perchè ne goda dietro semplice ricevuta, senza che il marito possa immischiarsi nell'amministrazione di questa parte della sua sostanza. È stato giudicato che la clausola era valida, non essendo l'amministrazione dei beni personali della moglie essenzialmente connessa nè alla podestà maritale, nè alla comunione. La Corte di Parigi confessa che, dove si trattasse della legittima, la clausola in controversia sarebbe nulla, perchè i beni della legittima appartengono necessariamente al coniuge e, per conseguenza, alla comunione. Rimandiamo, su questo punto, a quello che abbiamo detto intorno alla porzione legittima. Quanto ai beni disponibili, i genitori ne conservano la libera disposizione, e possono erogarli sotto quella condizione che credono, purchè non sia contraria all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. Ora l'art. 1401 dimostra che i donanti conservano, sotto questo rapporto, la pienezza dei loro diritti (3).

La Corte di Parigi ha mantenuto la sua giurisprudenza in un caso in cui vi era qualche dubbio, avendo la moglie abbandonato il domicilio coniugale. Ma la Corte ha giudicato rettamente che questo fatto non aveva nulla di comune coi diritti della moglie sui suoi beni. Il marito può coi mezzi di legge costringere la moglie a ritornare al domicilio coniugale, ma non può impadronirsi di redditi che non gli appartengono (4).

124. Vi hanno altre eccezioni alla facoltà di amministrare che la legge affida al marito? Si insegna che la moglie pubblica mercantessa ha il diritto di esercitare il suo commercio,

---

(1) Rigetto, Camera civile, 16 aprile 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 221).
(2) Vedi il vol. XI dei miei *Principii*, n. 447, e il vol. XXI, n. 75.
(3) Parigi, 27 gennaio 1835 (DALLOZ, *Contrat de mariage*, n. 786).
(4) Parigi, 27 agosto 1835 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 787).

senza che il marito possa intervenire nella sua amministrazione. Verissimo; ma si tratta forse di un'eccezione al diritto comune? Il marito, autorizzando la moglie ad esercitare il commercio, l'autorizza per ciò stesso a fare tutti gli atti concernenti il suo negozio (art. 220). Con qual diritto dunque egli v'interverrebbe? Si insegna ancora, come applicazione del principio concernente la moglie mercantessa, che la medesima ha il diritto di amministrare quello che guadagna, in quanto le sia necessario per l'esercizio dell'arte sua. Vi ha una sentenza della Corte di Parigi in questo senso (1). La cosa ci pare dubbia. I guadagni della moglie sono un prodotto del suo lavoro il quale entra in comunione e diviene proprietà del marito. Come avrebbe la moglie il diritto di amministrare ciò che non le appartiene?

§ II. — *Dei poteri del marito.*

N. 1. — Principio.

125. L'art. 1428 dispone che il marito ha l'*amministrazione* di tutti i beni personali della moglie, e l'art. 1421 stabilisce che il marito *amministra* i beni della comunione. Così la legge si serve dello stesso termine per indicare i diritti del marito sulla comunione e i diritti del marito sui beni personali della moglie. Vi ha però una differenza capitale fra queste due condizioni. Il marito è ben più che amministratore dei beni della comunione; egli ne è signore e padrone in quanto concerne gli atti di disposizione a titolo oneroso. Lo stesso articolo il quale dice che il marito amministra i beni comuni aggiunge che il marito può venderli, alienarli e ipotecarli senza il concorso della moglie.

Avviene tutto l'opposto del marito amministratore legale dei beni della moglie. Egli amministra beni che non gli appartengono, e quindi è amministratore al pari del tutore. Anche l'art. 1428 soggiunge che il marito non può alienare gli immobili della moglie senza il suo consenso, e quello che la legge dice degli immobili è vero anche dei mobili, come diremo più avanti. Lo stesso art. 1428 dà al marito il diritto d'esercitare le azioni mobiliari e possessorie che appartengono alla moglie, il che implica ch'egli non ha il diritto d'esercitare le azioni immobiliari. mentre il marito amministratore della comunione ha tutte le azioni. Infine l'art. 1428 dichiara il marito contabile della propria gestione, mentre non è responsabile come capo della comunione. In sostanza, la legge applica al marito amministratore dei beni della moglie i principii che governano gli amministratori di beni altrui. Egli ha un potere d'amministrazione, non un di-

(1) TROPLONG, t. I, p. 301, n. 979. Parigi, 27 novembre 1819 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1288, 2.°).

ritto di disposizione. Quando diciamo che il marito ha un potere d'amministrazione intendiamo dire ch'egli ha un onere che costituisce al tempo stesso un diritto per lui, a differenza del tutore il quale ha soltanto un peso. Infatti, il marito profitta della sua amministrazione, poichè ha il godimento dei beni che amministra. Ma dalla nostra legge non si induce che questa differenza influisca sui diritti che il codice conferisce al marito nella sua qualità d'amministratore. Il codice segue gli stessi principii nei diversi casi in cui organizza un'amministrazione dei beni altrui, quantunque la condizione degli amministratori sia ben diversa. Gl'immessi nel possesso provvisorio dei beni d'un assente non hanno che un diritto d'amministrazione (art. 125). Al pari del marito, essi non possono fare alcun atto di disposizione (art. 128). Eppure amministrano beni che, secondo ogni probabilità, appartengono loro quali eredi presuntivi. Il tutore amministra beni sui quali non ha alcun diritto, nemmeno un limitato diritto di godimento, come quello degli immessi in possesso. Però i suoi diritti sono, in generale, gli stessi che quelli degli immessi in possesso, sebbene questi abbiano un diritto di godimento. Quanto al marito, egli è ad un tempo amministratore e usufruttuario. Come usufruttuario, ha diritti che non possono spettare al tutore il quale non ha il godimento. ma, come amministratore, la sua condizione è identica.

126. Il marito essendo amministratore dei beni altrui risponde necessariamente della sua gestione. Si deve applicargli, per via d'analogia, l'articolo 450, il quale dice che il tutore deve amministrare i beni del minore da buon padre di famiglia e che risponde dei danni ed interessi che potessero risultare da una cattiva gestione. L'art. 1428 non ripete il principio, l'obbligo di amministrare da buon padre di famiglia. ma ne consacra la conseguenza dichiarando il marito contabile del danno che cagiona alla moglie per la omissione di atti conservativi. Non prevedendo la legge che un caso di responsabilità, si potrebbe credere che sia il solo. Ma sarebbe un erroneo ragionamento. La legge non fa che applicare un principio generale, ma bisogna estenderlo a tutti i casi contingibili. Non vi ha alcuna ragione per limitare a un caso speciale la responsabilità del marito.

La giurisprudenza è in questo senso. Viene costituita alla moglie una dote di trentamila lire. Ne erano ancora dovute sette od ottomila quando la madre ottenne una sentenza di separazione di beni. L'atto di liquidazione poneva il saldo della dote a carico del padre, il quale era insolvibile. Donde la questione di sapere se il marito fosse responsabile della perdita della dote. Questo caso non rientrava nella lettera dell'art. 1428. Non si trattava del deperimento di un bene, ma della negligenza nel reclamarlo. Vi era colpa da parte del marito. La madre era stata solvibile per tutto il tempo che aveva durato la comunione. Il marito avrebbe dunque dovuto domandare il pagamento

della dote. Essendo la dote perita per sua negligenza, egli doveva subire l'effetto della propria colpa (1).

Tuttavia i principii della comunione recano una notevole restrizione al diritto della moglie. Supponiamo che il marito sia condannato a diecimila lire di danni e interessi per la sua cattiva gestione. Può la moglie reclamare integralmente questa somma contro il marito? Sì, se rinuncia alla comunione, no, se l'accetta. In quest'ultimo caso, deve sopportare la metà dei debiti che compongono il passivo. Ora, i danni ed interessi che il marito deve pagare sono un debito della comunione, perchè ogni debito del marito è un debito della comunione. La moglie ne sopporterà dunque la metà. A primo aspetto, questo risultato pare molto ingiusto, e si sarebbe tentati di credere che il marito sia tenuto per l'intero debito, dappoichè questo procede da una colpa sua personale. Ma non basta una colpa perchè il marito sia obbligato a compenso. Occorrerebbe o che la colpa fosse un delitto, o che il marito ne avesse ritratto un vantaggio personale. Fuori di questi casi, la comunione deve sopportare i debiti del marito (2). Si potrebbe perfino contestare che la moglie rinunciante abbia un diritto contro il marito per l'amministrazione de' suoi beni. Ritorneremo sulla questione.

127. Il principio è dunque che il marito, come amministratore dei beni della moglie, ha i diritti che spettano a qualunque amministratore dei beni altrui. Si domanda se la moglie può estendere i poteri che la legge accorda al marito sui suoi beni. A dire il vero, non è la legge che glieli dà, poichè egli li deriva dalla convenzione tacita che i coniugi fanno maritandosi senza contratto. Ora, i coniugi possono derogare alla comunione legale e fare quelle convenzioni che loro piacciano. La moglie è proprietaria. Essa può dunque accordare al marito il potere di fare atti di disposizione (3). È un mandato che va retto a stregua del diritto comune.

A termini dell'art. 1988 « il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti d'amministrazione. Trattandosi d'alienare o ipotecare, o di fare qualche altro atto di proprietà, il mandato deve essere espresso ». Questo principio si applica al mandato che la moglie concede al marito? Non può parlarsi di un mandato d'amministrazione, poichè il marito è di diritto amministratore. Ciò non toglie che il potere che la moglie vuole accordare al marito di fare atti di disposizione non debba essere espresso. Se ne deve conchiudere che questo potere non potrebbe essere generale? Si eccederebbe la portata dell'art. 1988. Tutto ciò che questo articolo esige si è che il potere sia espresso. Ora, un potere generale può essere espresso nel senso della legge, vale a dire che può concedere al

(1) Rigetto, sezione civile, 19 gennaio 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 86).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 175, n. 71 *bis* XXIII.
(3) Grenoble, 28 gennaio 1852 (DALLOZ, 1852, 2, 14).

marito la facoltà d'alienare e d'ipotecare tutti i beni della moglie. La Corte di cassazione sembra equiparare la procura generale dell'art. 1988 all'autorizzazione generale dell'art. 223. Se questo è il suo concetto, essa s'inganna. L'art. 223 vieta al marito di dare alla moglie un'autorizzazione generale di disporre dei suoi beni, perchè una simile autorizzazione sarebbe un'abdicazione della potestà maritale. Questo non ha nulla di comune col mandato, ed è sopratutto estraneo al mandato che la moglie conferirebbe al marito. Nessun testo, nessun principio si oppone a che questo mandato sia generale, purchè sia espresso.

La moglie dà procura al marito per obbligarlo al pagamento dei debiti da lui precedentemente contratti. Questa procura è espressa nel senso dell'art. 1988? No, perchè l'atto non specifica i debiti nè la loro importanza, dice la Corte di cassazione. Essa ne conchiude che il mandato concerneva soltanto gli atti d'amministrazione (1). Dubitiamo che tale sia il significato dell'art. 1988. Esso non esige che il mandato dettagli e specifichi gli atti che il mandatario è autorizzato a fare; ma vuole che il mandato sia espresso nel senso che il mandante dichiari di autorizzare a fare atti di disposizione. La moglie potrebbe dare al marito mandato di vendere e ipotecare tutti i suoi beni. Questo mandato sarebbe *espresso*, sebbene generale. Un'altra sentenza, pronunciata in un caso identico, cita l'art. 223, il che significa che la Corte equipara la procura generale alla autorizzazione generica (2). Essa confonde due ordini d'idee ben distinti. Il marito abdicherebbe alla sua podestà maritale dando un'autorizzazione generale di disporre, mentre la moglie non ha alcuna podestà; essa non è che proprietaria, e come tale può dare un mandato esteso finchè vuole purchè dichiari che comprende gli atti di disposizione. Per conseguenza essa potrebbe dare al marito la facoltà di obbligarla indefinitamente, senza essere costretta ad indicare la natura e l'ammontare dei debiti. La legge si contenta di un mandato *espresso*. La Corte esige un mandato *speciale*, e quindi va oltre la legge.

N. 2. — Degli atti di conservazione.

128. Sta il principio che l'amministratore dei beni altrui può fare qualunque atto di conservazione. Ancor più che un diritto, è questa un'obbligazione, perchè il suo primo dovere è di vegliare alla conservazione dei beni che è incaricato di amministrare. L'articolo 450 dice che il tutore deve amministrare come un buon padre di famiglia. Dunque egli deve, soprattutto, conservare. Lo stesso

(1) Rigetto, 19 maggio 1840 (DALLOZ, v. *Mandat*, n. 87).
(2) Cassazione, 18 giugno 1844 (DALLOZ, v. *Mandat*, n. 88).

accade del marito. L'art. 1428 lo dichiara responsabile del deperimento dei beni della moglie causato dalla mancanza d'atti conservativi. Ne segue che il marito è obbligato a fare questi atti, il che implica il diritto di compierli.

129. Quali sono gli atti conservativi che il marito ha il diritto e l'obbligo di fare? Anzitutto le riparazioni. L'art. 1409 mette a carico della comunione le riparazioni usufruttuarie degli immobili della moglie. Il marito è dunque obbligato di farle a doppio titolo, cioè come capo della comunione, poichè sono un debito della comunione, e come amministratore legale dei beni della moglie, poichè le riparazioni sono un atto eminentemente conservativo. Quanto alle riparazioni straordinarie, la moglie deve sopportarle, ma è il marito che deve farle, perchè queste riparazioni sono un atto conservativo, impedendo la rovina del fabbricato.

Si supponga che il fabbricato cada in rovina: nessuna riparazione potrebbe più salvarlo. Si domanda se il marito ha, come amministratore, il diritto di ricostruirlo. La Corte di Parigi ha giudicato in senso negativo, e non vi ha dubbio al riguardo. Il ricostruire non è un atto conservativo: potrebbe essere un atto d'amministrazione analogo ad un acquisto d'immobili, che è il più solido impiego delle economie. Ma, sotto il regime della comunione, la moglie non ha economie da impiegare, poichè tutti i suoi redditi appartengono al marito. La ricostruzione non potrebbe dunque farsi che coi capitali della moglie. Ora, il marito non ha diritto di disporre dei capitali, e quindi gli occorre il consenso della moglie. Il marito può alienare gli immobili della moglie col di lei consenso, dice l'articolo 1428. Per la stessa ragione egli può disporre dei suoi capitali per ricostruire, se la moglie vi consente. Questo consenso può, per diritto comune, essere tacito. La Corte di Parigi ha giudicato che la moglie consente quando concorre alle opere col marito, sia per dare ordini agli architetti ed agli operai, sia per dirigere e sorvegliare i lavori (1).

130. Anche l'interruzione della prescrizione è un atto conservativo, poichè i diritti si estinguono quando la prescrizione non è interrotta. Al titolo della *Prescrizione* diremo come si verifichi l'interruzione. Quando si tratta di un diritto mobiliare non vi ha alcuna difficoltà. Il marito ha il diritto di escutere il debitore. L'art. 1428 gli accorda pure il diritto d'intentare le azioni possessorie. Egli sarebbe, per conseguenza, responsabile, se, non avendole intentate, la moglie perdesse il vantaggio inerente al possesso. Ma il marito non ha diritto d'intentare le azioni immobiliari (n. 50). Non sarebbe dunque responsabile per non aver agito contro i possessori degli immobili. Come usufrut-

(1) Parigi, 4 gennaio 1842, e Cassazione, 14 giugno 1820 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1303).

tuario, egli non è soggetto che all'obbligo stabilito dall'articolo 614; deve, cioè, avvertire la moglie che i suoi immobili sono posseduti da terzi e che è necessario agire per evitare la prescrizione. Se non lo facesse mancherebbe ad un obbligo legale, se non come amministratore, almeno come usufruttuario. La differenza poco importa, poichè la responsabilità è la stessa. È una restrizione al potere del marito come capo della comunione. Egli non è responsabile a questo titolo, e si potrebbe dire che ha come tale il godimento dei beni della moglie. Il testo dell'art. 1469 risponde a questo dubbio. Il marito è tenuto alle riparazioni usufruttuarie, ed è responsabile se non le fa. Vi ha la stessa ragione di decidere per l'obbligo che l'art. 614 impone ad ogni usufruttuario. Esso è un atto conservativo al pari delle riparazioni usufruttuarie.

N. 3. — Ricupero dei crediti.

131. Curare il ricupero dei crediti e riscuoterne l'importo è pure un atto che gli amministratori possono fare. Se la legge permette al minore emancipato soltanto di riscuotere i suoi redditi e di darne quitanza, vietandogli di riscuotere e di rilasciar quitanza d'un capitale mobiliare (articoli 481 e 482), ciò avviene perchè il minore emancipato è posto fra gli incapaci. Tutti gli altri amministratori possono ricevere il pagamento dei crediti. È per questo motivo che la legge accorda loro delle azioni mobiliari (1).

Segue da ciò che il marito ha il diritto di riscuotere il prezzo delle vendite immobiliari fatte dalla moglie. Egli non ha facoltà di vendere, perchè il vendere è un atto di disposizione che solo il proprietario può fare. Ma una volta consumata la vendita, non resta che un debito mobiliare. Il marito deve curarne il ricupero, e quindi egli solo può esigere. I compratori non potrebbero pagare nelle mani della moglie. È l'applicazione dell'art. 1239, a termini del quale il pagamento dev'esser fatto a colui che è autorizzato dalla legge a riceverlo per conto del creditore. Non è che il prezzo debba necessariamente passare per la comunione, come dice Troplong (2). Esso può essere delegato in virtù dell'atto di vendita a un creditore della moglie o del marito. Ben inteso che questa clausola, come la vendita stessa, non è valida che coll'autorizzazione del marito.

132. Dal fatto che il marito può esigere ciò che è dovuto alla moglie bisogna guardarsi bene però dal conchiudere che, per un conto liquidato col debitore, egli possa obbligare la moglie. La Corte di cassazione pone il principio che il marito non può obbli-

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 344, nota 9, § 510 (4.ª ediz.).
(2) Troplong, t. I, p. 303, n. 993.

gare la moglie verso i terzi senza il suo consenso espresso. Questo è troppo assoluto. Il marito ha il potere d'amministrare. Ora, non si può amministrare senza obbligarsi. Dando a fitto i beni della moglie, il marito si obbliga, ed obbliga la moglie, la quale è tenuta ad eseguire il contratto d'affitto anche quando la comunione è sciolta. Bisogna dunque dire che il marito non può obbligare la moglie che nel limite degli atti d'amministrazione ch'egli ha il diritto di fare. Fuori di qui il marito non può obbligare la moglie senza il suo consenso, poichè oltre questi limiti il marito non ha alcun potere. Sarà necessario, come dice la Corte di cassazione, il consenso espresso della moglie? Sarebbe una deroga al diritto comune il quale assimila il consenso tacito al consenso espresso. Abbiamo detto testè che la Corte di Parigi ha ravvisato un consenso valido nel fatto di sorvegliare e dirigere i lavori, ciò che non è un consenso espresso (n. 129).

È con queste restrizioni che noi ammettiamo il principio formulato dalla Corte di cassazione. Nella specie, il marito aveva ricevuto alcune rimesse di somme dovute alla moglie. Anche la moglie era, alla sua volta, debitrice. Se il marito si fosse limitato a ricevere le rimesse in deduzione di ciò che la moglie doveva, sarebbe rimasto nei limiti del suo mandato d'amministratore. Ma la liquidazione del conto finiva col costituire la moglie debitrice. Il marito obbligava dunque la moglie, e non la obbligava per un atto d'amministrazione. Egli eccedeva, per conseguenza, i confini de' suoi poteri (1).

133. Può il marito riscuotere i crediti della moglie quando il contratto di matrimonio contiene una clausola d'impiego o di reimpiego? Abbiamo detto trattando di queste clausole che in generale esse non hanno alcun effetto a riguardo dei terzi (t. XXI, nn. 387 e 389). Ne consegue che i terzi devono, malgrado la clausola d'impiego, pagare nelle mani del marito amministratore legale. Ma la clausola può essere concepita in modo che abbia effetto a riguardo dei terzi. Bisogna, in questo caso, conformarsi al contratto di matrimonio. I terzi non potranno più pagare al marito senza il concorso della moglie, se tale è l'oggetto della clausola. È l'applicazione del diritto comune. Le convenzioni matrimoniali possono essere opposte ai terzi e da loro invocate, nel senso che i diritti dei coniugi sono determinati dal contratto di matrimonio. Il contratto può estendere e costringere i poteri del marito, purchè non sia contrario alle disposizioni proibitive del codice civile. Le clausole di reimpiego sono valide? Rimandiamo, su questo punto, a quello che si è detto altrove. A nostro avviso, l'affermativa non è dubbia. È l'opinione della maggior parte degli autori ed è consacrata dalla giurisprudenza. Ciò risolve la questione in quanto

(1) Cassazione, 19 agosto 1857 (Dalloz, 1857, 1, 339).

concerne il diritto del marito di riscuotere i crediti della moglie. Questo diritto può essere limitato, con effetto a riguardo dei terzi (1).

N. 4. — Delle locazioni.

I. — Quali locazioni può fare il marito.

134. La locazione è un atto d'amministrazione? Secondo l'articolo 1429, essa è un atto d'amministrazione quando non eccede i nove anni; lo si considera invece come un atto di disposizione quando eccede questo termine. Il codice applica questo principio alle locazioni fatte dall'usufruttuario (t. VI, n. 458-469), dal tutore (art. 1718) e dal minore emancipato (art. 481). E lo stesso degli affitti fatti dal marito amministratore legale. Egli può fare affitti di nove anni obbligatori per la moglie o i suoi eredi allo scioglimento della comunione. Secondo il rigore dei principii, l'amministratore, come l'usufruttuario, non ha diritto d'agire che durante la sua gestione. Dal momento che la sua amministrazione cessa, cessa anche il suo potere. La legge deroga a questo principio attribuendo forza obbligatoria anche dopo lo scioglimento del matrimonio, alle locazioni fatte dal marito. Ne abbiamo detta la ragione trattando dell'*Usufrutto*. Interessa alla moglie che i beni di cui il marito ha l'amministrazione siano affittati a locatarii diligenti e, quando si tratta di beni rustici, ad affittuarii capaci. Ora, il marito non troverebbe locatarii ed affittuarii convenienti se l'affitto potesse essere disconosciuto dalla moglie o dai suoi eredi. Che cosa ne risulterebbe? Che il marito non potrebbe locare, o non locherebbe che a condizioni svantaggiose. Il suo interesse come usufruttuario e l'interesse della moglie proprietaria ne soffrirebbero. Anche l'interesse generale sarebbe leso, poichè si verrebbe ad intralciare lo sviluppo della ricchezza pubblica. I principii di diritto hanno dovuto cedere davanti a considerazioni così potenti. Per conseguenza, gli affitti di nove anni sono obbligatori per la moglie o i suoi eredi (2).

135. Dovremo conchiudere da ciò che le locazioni ultranovennali siano nulle? L'art. 1429 non dice questo. Esso stabilisce soltanto il principio che tali affitti non sono obbligatorii per la moglie, allo scioglimento della comunione, che per un periodo di nove anni. Perchè il marito non può fare affitti obbligatorii per la moglie i quali eccedano nove anni? Perchè la locazione a lungo termine compromette l'esercizio del diritto di proprietà. La moglie o i suoi eredi, proprietarii, hanno diritto

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 341 e note 12 e 13, § 510. In senso contrario, Troplong, t. I, p. 327, n. 1085.
(2) Duranton, t. XIV, p. 422, n. 310.

di godere come meglio credono. Ora, se fossero vincolati da un affitto ultranovennale potrebbero trovarsi nell'impossibilità di godere per lunghi anni, forse per tutta la vita. Inoltre il loro diritto di disposizione sarebbe intralciato. Si vendono difficilmente i beni gravati d'un lungo affitto o si vendono a condizioni sfavorevoli, come avviene anche quando sono affetti d'ipoteca. Bisognava dunque limitare la durata delle locazioni che possono fare gli amministratori. Nessun legittimo interesse esige che eccedano la durata ordinaria di nove anni, e se oltrepassano questo termine, compromettono il diritto di proprietà. Sarebbe contrario ad ogni principio che un semplice amministratore potesse vincolare il diritto del proprietario. Si dice ordinariamente che i lunghi affitti fatti dal marito sarebbero sospetti di frode. Noi facciamo astrazione dalla frode. Il marito può essere in perfetta buona fede contraendo una locazione a lungo termine, la quale può anzi essere vantaggiosa. Anche la legge non lo colpirebbe di nullità, come farebbe se presumesse la frode. Ritorneremo sulle locazioni fatte in frode della moglie (1).

136. Quale effetto hanno le locazioni ultranovennali? L'articolo 1429 dispone ch'esse non sono, in caso di scioglimento della comunione, obbligatorie a riguardo della moglie che per nove anni. Non è dunque che allo scioglimento della comunione che l'affitto è ridotto a nove anni nel corrispettivo periodo di tempo nel quale l'affittuario si trova. Durante la comunione la moglie non ha alcun diritto nè alcun interesse a lagnarsi dell'affitto. Non è essa che gode, ma il marito. Questi non può mai impugnare l'affitto che ha consentito, e parimenti è vincolato il conduttore. Così l'affitto è al coperto da ogni attacco finchè dura la comunione. È unicamente nell'interesse della moglie proprietaria che la legge limita la durata degli affitti che il marito può fare. Ora, la moglie non ha alcun diritto fuorchè allo scioglimento della comunione.

Quale diritto ha la moglie allo scioglimento della comunione? Si dice ordinariamente che l'affitto è nullo, ma che la nullità è relativa. Vi ha una sentenza della Corte di Douai in questo senso (2). Ciò non è esatto. L'art. 1429 non dice che l'affitto è nullo e che la moglie può domandarne la nullità. Esso le dà soltanto il diritto di chiederne la riduzione a nove anni. La legge divide l'affitto in periodi di nove anni secondo la consuetudine. Se, allo scioglimento della comunione, l'affittuario si trova ancora nel primo periodo d'un affitto di ventisette anni, la moglie è obbligata a rispettarlo per tutto il tempo che resta a decorrere di questo periodo. L'affitto è dunque ridotto se la moglie lo esige, ma non è nullo. Se l'affittuario si trova nel secondo periodo di nove anni o nel terzo, ha il diritto di com-

(1) Mourlon, *Ripetizioni*, t. III, p. 60, n. 148.
(2) Douai, 18 marzo 1852 (Dalloz, 1853, 2, 20).

piere il periodo di nove anni nel quale si trova. L'affitto dunque è sempre mantenuto per il periodo di nove anni al cominciare dallo scioglimento della comunione. Oltre questo periodo esso non è obbligatorio per la moglie.

L'art. 1429 si applica a qualunque locazione. Se la legge parla dell'affittuario, è perchè gli affitti a lungo termine non si fanno che pei beni rustici: Se fosse fatta una locazione per più di nove anni, s'intende che sarebbe applicabile la legge.

137. L'applicazione della legge dà luogo a qualche difficoltà, che abbiamo gia esaminato al titolo dell'*Usufrutto*. Se la moglie domanda la riduzione dell'affitto, il conduttore avrà diritto ad una indennità contro il marito? Si ammette generalmente che il conduttore non può reclamare alcuna indennità, a meno che il marito non abbia garantito per la moglie o non abbia ingannato l'affittuario locando come proprietario. Infatti, la locazione eccedente i nove anni non è nulla, e viene completamente eseguita finchè dura la comunione. Se, allo scioglimento della comunione, la moglie domanda che sia ridotta, l'affittuario non ha diritto di lagnarsi, perchè, contrattando col marito amministratore legale, sapeva che l'affitto non sarebbe stato obbligatorio a riguardo della moglie che per un periodo di nove anni. Il suo diritto non essendo leso, egli non può domandare risarcimento di danni. L'affittuario non ha alcun diritto fuorchè nel caso che il marito si sia obbligato a suo riguardo, sia per convenzione, sia per dolo. Poichè il marito non è tenuto ad alcuna indennità, ne segue che la moglie, la quale fosse legataria o donataria universale, non sarebbe obbligata a rispettare l'affitto per più di nove anni. L'affitto stipulato dal marito è essenzialmente un affitto d'amministrazione. Non occorre neppure che il contratto lo dica. Ciò risulta dalla qualità del locatore. Il conduttore non ha dunque altri diritti che quelli che gli dà un affitto d'amministrazione, vale a dire ch'egli può soltanto compiere il periodo di nove anni nel quale si trova allo scioglimento della comunione (1).

138. Può il marito rescindere un affitto stato consentito prima del matrimonio dalla moglie? Rimandiamo a quanto si è detto al titolo dell'*Usufrutto* sul diritto dell'usufruttuario. La questione è identica (2).

139. Può il marito stipulare che l'affittuario pagherà anticipatamente? Non si può contestare il diritto del marito, perchè questa clausola è d'uso, specialmente nelle locazioni dei fondi rustici. Non si deve perder di vista che il marito ha diritto ai

---

(1) Vedi il vol. VI dei miei *Principii*, n. 462. Bruxelles, 29 luglio 1812 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1371). DURANTON, t. XIV, p. 426, n. 314. TOULLIER, t. VI, 2, p. 353, n. 406.

(2) Fu giudicato che il marito può rescindere l'affitto. Parigi, 26 aprile 1850 (DALLOZ, 1851, 2, 180).

canoni d'affitto come capo della comunione. Egli è dunque non solo amministratore, ma anche usufruttuario, e quindi può fare tutte le stipulazioni che la legge ed i principii permettono all'usufruttuario. Il marito ha diritto alle pigioni ed agli affitti fino allo scioglimento della comunione. Se riscuote anticipatamente dei redditi che, in fatto, non scadono che dopo lo scioglimento della comunione, la moglie ha diritto di esserne compensata. Su questo punto non vi ha dubbio. Vi è un'altra difficoltà. Il marito non può fare che affitti d'amministrazione. Tutte le clausole dell'affitto devono essere concepite nell'interesse della moglie proprietaria. A questo titolo, egli può stipulare il pagamento anticipato dei canoni conformandosi all'uso. Ma il marito non può fare affitti di disposizione e non può nemmeno inserire nel contratto d'affitto clausole che solo un proprietario ha il diritto di stipulare, perchè queste clausole potrebbero nuocere alla moglie. Ogni convenzione fatta nel solo interesse del marito, e che può compromettere i diritti della moglie, è nulla perchè eccede il potere d'amministrazione del marito. La Corte di cassazione ha giudicato così in un caso in cui il conduttore s'obbligava a girare gli effetti forniti dal marito fino a concorrenza di venticinquemila lire. Tutte le scadenze delle pigioni erano specialmente destinate al rimborso di questa somma. La Corte d'appello aveva dichiarato valida la clausola ponendo come principio che il marito ha il diritto assoluto di disporre anticipatamente delle scadenze delle pigioni, anche dopo lo scioglimento della comunione. La Corte riconosceva così in un amministratore i diritti che non appartengono che al proprietario. La sentenza venne cassata. La Corte suprema dice benissimo che il marito non può fare che un affitto d'amministrazione. Essa ne conchiude che spetta ai giudici del fatto esaminare e decidere se le clausole del pagamento anticipato, come ogni altra clausola, sono o non sono atti d'amministrazione. Quando sono fatte nell'interesse d'una buona gestione, le clausole sono valide. Quando sono state stipulate nell'interesse del marito e a danno della moglie, sono nulle (1).

140. L'art. 1429 dice: « Gli affitti che il *solo* marito ha fatti dei beni della moglie per un tempo eccedente i nove anni non sono obbligatorii a riguardo della moglie che per il periodo di nove anni in cui l'affittuario si trova allo scioglimento della comunione ». Questo suppone che, se il marito non contratta da solo, vale a dire se la moglie concorre nell'atto, l'affitto non è più soggetto alle restrizioni che la legge impone al marito amministratore. Non si tratta più allora d'un affitto d'amministrazione, poichè è il proprietario che lo consente, e il proprietario ha un diritto assoluto di godimento e di disposizione. Ma siccome, sotto il regime di comunione, il marito ha il godimento

(1) Cassazione, 18 agosto 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 371).

dei beni, la moglie sola non potrebbe consentire l'affitto, ma unicamente concorrere col marito. In questo caso, l'affitto sarà un atto di disposizione e potrà contenere tutte le clausole che un proprietario ha il diritto di consentire, sia quanto alla durata, sia quanto alle condizioni dell'affitto. Così il contratto potrebbe stipulare il pagamento anticipato delle pigioni e degli affitti senza limitazione alcuna (1).

II. — Della rinnovazione degli affitti.

141. A termini dell'art. 1430, il marito può rinnovare l'affitto tre anni prima della sua scadenza, se si tratta di fondi rustici e due anni prima se si tratta di case. Perchè la legge permette al marito di rinnovare gli affitti due o tre anni prima della loro scadenza? È un atto da buon padre di famiglia il rinnovare le locazioni prima della loro scadenza, per assicurarsi che i beni saranno affittati, senza interruzione. Che se il conduttore non consente a rinnovare l'affitto, occorre al marito un tempo sufficiente per trovare un nuovo locatario e un nuovo affittuario. E siccome è più difficile trovare un buon affittuario che un buon locatario, la legge accorda un termine più lungo per gli affitti rustici che per gli urbani (2).

142. La rinnovazione degli affitti non può farsi prima del tempo fissato dalla legge. Una rinnovazione fatta prima del termine di due o tre anni non si presume però fraudolenta. La legge non si preoccupa che dell'interesse e dei diritti delle parti. Se il marito come usufruttuario fosse interessato a rinnovare l'affitto più presto, la convenzione non sarebbe obbligatoria per la moglie, perchè lederebbe il suo diritto di proprietaria contravvenendo indirettamente ai limiti tracciati dall'art. 1429. Il marito farebbe un affitto di nove anni, poi nell'anno stesso lo rinnoverebbe per un secondo periodo di nove anni, il che vincolerebbe la moglie per diciassette o diciotto anni, mentre la legge non permette di vincolarla che per un termine di nove anni.

La rinnovazione anticipata è nulla? Si potrebbe crederlo stando ai termini dell'art. 1430. La legge dice che gli affitti rinnovati prima di tre o di due anni avanti la loro scadenza rimangono *senza effetto*. La legge vuol dire con questo che gli affitti sono nulli? Per comprendere il senso di questa espressione bisogna combinare l'art. 1430 coll'art. 1429, il quale stabilisce il principio di cui l'altro articolo non è che una conseguenza. Che cosa dice l'art. 1429? Che l'affitto eccedente i nove anni non è *obbligatorio per la moglie*. L'affitto non è nullo. Tanto

(1) Duranton, t. XIV, p. 423, n. 30.
(2) Troplong, t. I, p. 310, n. 1026.

il marito quanto il conduttore sono vincolati. Non è che allo scioglimento della comunione che la moglie può domandare la riduzione dell'affitto. L'art. 1430 deve essere inteso nello stesso senso. La locazione rinnovata prima ditre o di due anni avanti la scadenza rimane senza effetto a riguardo della moglie nel senso ch'essa non è obbligata. Essa può domandare che sia limitato al periodo di nove anni nel quale il conduttore si trova. Ma il conduttore non può chiedere la nullità dell'affitto. Non è nel suo interesse, ma in quello della moglie che la legge limita il diritto di rinnovare l'affitto, come restringe la facoltà di consentirlo. Soltanto la moglie può dunque domandare che l'affitto sia ricondotto nei termini della legge (1).

Così la rinnovazione dell'affitto non sarà obbligatoria per la moglie se è fatta prima di tre o di due anni avanti la sua scadenza. La legge aggiunge però una restrizione: « a meno che l'esecuzione dell'affitto rinnovato non abbia cominciato prima dello scioglimento della comunione ». Si applica, in questo caso la disposizione dell'art. 1429. Ogni affitto fatto o rinnovato dal marito è valido come affitto d'amministrazione, vale a dire per il periodo di nove anni nel quale l'affittuario si trova quando la comunione si scioglie. Ne consegue che l'affitto resterebbe senza effetto se non ne fosse cominciata l'esecuzione, quand'anche si fosse nel termine di tre o di due anni nel quale potrebbe farsi la rinnovazione. Il marito ha fatto ciò che non aveva il diritto di fare rinnovando l'affitto prima del tempo fissato dalla legge, e non ha fatto ciò che poteva fare rinnovandolo a suo tempo. Dunque l'atto non può obbligare la moglie. Se è vincolata dall'esecuzione dell'affitto, ciò accade pel motivo che abbiamo già detto. Essa rimane sempre obbligata da un affitto d'amministrazione (2).

143. Abbiamo un'utima difficoltà di testo. La legge dice: Gli affitti dei beni della moglie che il marito ha stipulati o rinnovati da solo per *nove anni o meno* prima di tre o di due anni avanti la scadenza dell'affitto in corso sono senza effetto ». Dal fatto che l'art. 1430 non parla che degli affitti di nove anni e meno devesi conchiudere che gli affitti eccedenti i nove anni non sono soggetti a questa disposizione restrittiva, o che questi affitti rimangono senza effetto, quand'anche fossero cominciati prima dello scioglimento della comunione? Quest'ultima opinione è stata emessa da Proudhon, ma rimase isolata. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Essa è generale. Quanto al testo esso non dice quello che gli si fa dire. Non è che per un argomento *a contrario*, indotto dal silenzio della legge, che si arriva alla distinzione che noi combattiamo, e la distinzione attesta contro questo modo d'argomentare, cui non si deve

(1) Duranton, t. XIV, p. 424, n. 311.
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 356, n. 412.

ricorrere se non quando si può appoggiarsi sullo spirito della legge. Ora, nella specie, lo spirito della legge è così evidente che si deve respingere ogni induzione fondata sul silenzio del codice, perchè condurrebbe ad attribuire al legislatore tutto il contrario di quello che ha voluto disporre (1).

III. — Degli affitti fraudolenti.

144. Si confonde talvolta l'affitto che gli articoli 1429 e 1430 dichiarano non obbligatorio per la moglie colle locazioni fatte dal marito in frode dei suoi diritti. Vi ha una differenza evidente. L'affitto fraudolento è nullo, come ogni atto che il marito faccia in frode della moglie, mentre l'affitto consentito in contravvenzione agli articoli 1429 e 1430 è valido come affitto d'amministrazione. Esso non vincola la moglie come affitto di disposizione. La moglie può domandare la riduzione dell'affitto irregolare fatto dal marito dal momento che questi ha ecceduto i suoi poteri. Quando invece ne chiede la nullità, deve provare che l'affitto è fraudolento. Questa prova è sovente difficilissima, per modo che, se la moglie può agire coll'una o coll'altra azione, preferirà domandare la riduzione dell'affitto. Ma non può sempre domandare la riduzione. Se il marito non ha fatto che un affitto di nove anni o lo ha rinnovato dopo i tre o i due anni avanti la sua scadenza, l'atto è valido. Esso obbliga la moglie, a meno che non sia stato fatto in frode dei suoi diritti. In questo caso la moglie deve chiederne la nullità se vuol sottrarsi alle obbligazioni d'un affitto per lei dannoso (2).

145. Quando l'affitto è fraudolento? È una questione di fatto. Il danno non basta, occorre che vi sia intenzione di frodare, il che avviene quando il marito ritrae un vantaggio illecito dall'affitto, obbligando per esempio, la moglie per un vil prezzo, mentre ha ricevuto dal conduttore un compenso senza farne parte alla moglie. È il caso supposto da Ferrière nel suo *Commentario sulla consuetudine di Parigi*. Noi non troviamo nella giurisprudenza l'esempio d'un affitto fraudolento. L'affitto annullato dalla Corte d'Angers era stato fatto dal marito mentre pendeva una domanda di separazione, il che lo rendeva annullabile per la retroattività della sentenza di separazione (3). Toullier cita un esempio che è bene far conoscere. È un saggio dei costumi. Un uomo, che un posto nella magistratura e la sua regolarità nell'adempiere scrupolosamente a tutti i doveri e a tutte le pratiche della religione romana (è l'espressione di

---

(1) Proudhon, t. III, p. 186, n. 1213. In senso contrario, Rodière e Pont, t. II, p. 214, n. 922, e tutti gli scrittori.

(2) Cfr. il tomo VI dei miei *Principii*, n. 460.

(3) Angers, 16 agosto 1820 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1930).

Toullier) sembravano mettere al di sopra di ogni sospetto, aveva una sorella, usufruttuaria d'un bellissimo podere e affetta da lungo tempo d'una malattia incurabile e disperata. Si trattava di rinnovare l'affitto di questo podere. Il magistrato si recò nella camera dell'ammalata col notaio e coll'affittuario. L'affitto fu rinnovato per nove anni per un tenuissimo prezzo. L'affittuario pagò un acconto e firmò un'obbligazione per la restante somma. Il magistrato, erede presuntivo della sorella, s'impadronì dell'obbligazione. Tre mesi dopo la sorella morì e l'usufrutto si estinse. Il proprietario domandò all'erede se l'affitto era rinnovato. Il nostro zelante cattolico rispose di non saperne nulla, perchè la sorella non lo consultava sui suoi affari. L'affittuario aveva interesse a mantenere l'affitto, ed è su questo interesse che il magistrato aveva speculato. Ma, avendo comperato una gran parte del podere, l'affittuario ebbe interesse a rivelare la convenzione e il prezzo. Convinto di menzogna, il magistrato non osò negare, ma nascose la sua frode e la sua vergogna, per quanto era possibile, tenendo l'obbligazione firmata dall'affittuario, e sostenne sempre ch'egli non ne aveva mai avuto conoscenza (1).

Ecco un affitto rinnovato in frode dei diritti del proprietario. Esso era regolare, poichè la rinnovazione era stata fatta a tempo debito. Il *nuovo* affitto obbligava dunque il proprietario. Ma questi poteva domandarne la nullità per frode, e la frode era manifesta stando ai fatti esposti da Toullier. Se questi fatti fossero stati provati, il giudice avrebbe dovuto annullare l'affitto, quantunque non fosse che un affitto d'amministrazione.

N. 5. — Delle azioni.

146. A termini dell'art. 1428, « il marito può da solo esercitare tutte le azioni mobiliari e possessorie che appartengono alla moglie ». Che cosa s'intende per azioni mobiliari *appartenenti* alla moglie? Tutti i suoi diritti mobiliari presenti e futuri entrano in comunione, e il marito esercita le azioni che vi sono annesse come capo della comunione, non come amministratore dei beni della moglie. Bisogna dunque supporre che la moglie abbia beni mobili proprii, il che è raro sotto il regime della comunione legale. Le azioni concernenti questi beni proprii appartengono alla moglie. Se il marito ha diritto di esercitarle, lo ha a titolo di amministratore (2). Perchè la legge dà al marito il diritto di esercitare da solo, vale a dire senza il concorso della moglie, le azioni mobiliari di questa? È un principio tradizionale e che non si spiega se non colla poca importanza che

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 355, n. 409.
(2) Duranton, t. XIV, p. 427, n. 315.

si dava un tempo ai diritti mobiliari. Il codice accorda le azioni mobiliari al tutore, agli immessi nel possesso provvisorio dei beni d'un assente, mentre tutti coloro che non hanno che un potere d'amministrazione non hanno diritto d'esercitare le azioni immobiliari. Una ragione giuridica di questa differenza non esiste. Se gli amministratori non possono stare in giudizio relativamente ai diritti immobiliari, gli è perchè gli atti giudiziali sono considerati come atti di disposizione, e quelli che amministrano i beni altrui non possono disporne. Ora, essi non possono disporre dei mobili più di quanto non possano per gli immobili, come diremo più avanti del marito. Dunque logicamente essi non dovrebbero avere il diritto di stare in giudizio (1). La regola dell'art. 1428 è una di quelle disposizioni tradizionali che il codice ha consacrato perchè le ha trovate nella tradizione.

147. Il marito esercita da solo anche le azioni possessorie che appartengono alla moglie. Queste azioni conservano gli immobili. Esse dovrebbero dunque, in teoria, essere esercitate dal proprietario. Se la legge le accorda al marito amministratore, ciò avviene pel motivo che sono atti conservativi. Esse tendono, infatti, a conservare il possesso o a ricuperarlo. Anche questa regola è tradizionale, ed è, senza dubbio, per ciò che gli autori del codice l'hanno consacrata (2).

148. Dal principio che il marito esercita *da solo* le azioni mobiliari e possessorie della moglie ne segue che il marito rappresenta la moglie come suo mandatario legale, sia quale attore, sia quale convenuto. Per conseguenza la moglie è parte iu causa. La sentenza può tornare a suo profitto come può esserle opposta, senza ch'essa abbia diritto d'impugnarla coll'opposizione di terzo. Essa non è un terzo relativamente a ciò che è stato giudicato, perchè è parte in causa. La conseguenza è grave, perchè può darsi che la moglie sia stata mal difesa. Essa non ha, in questo caso, regresso che contro il marito come amministratore responsabile (3).

149. L'art. 1428 non dice nulla delle azioni immobiliari. È certo, malgrado il dissenso di Toullier, che il marito non ha il diritto di esercitarle. È un principio generale seguito dal codice. Coloro che amministrano i beni altrui non hanno le azioni immobiliari, il che è perfettamente giuridico. Il potere d'amministrare non implica il potere di disporre. Ora, chi sta in giudizio dispone. Rimandiamo a quanto si è detto sul potere del marito come capo della comunione.

Se il marito esercitasse un'azione immobiliare della moglie, il convenuto potrebbe opporgli la sua incapacità a stare in giu-

---

(1) Vedi il tomo II dei miei *Principii*, n. 188, e il t. V, n. 66.
(2) Duranton, t. XIV, p. 423, n. 317.
(3) Aubry e Rau, t. V, p. 344 e nota 11, § 510 (4.ª ediz.).

dizio per mancanza di veste. È stato giudicato che questa eccezione essendo essenzialmente perentoria non è sanata da alcun atto di procedura del convenuto e può, per conseguenza, essere proposta in ogni stadio della causa (1).

Segue dallo stesso principio che la moglie non è rappresentata dal marito nelle cause in cui non figura che egli solo, e quindi la sentenza non può esserle opposta. Essa è terzo, e può proporre l'opposizione di terzo (2). Su questo punto tutti sono d'accordo, anche coloro che riconoscono al marito il diritto d'agire, il che però è poco logico, perchè, se il marito avesse il diritto di esercitare le azioni immobiliari, la moglie sarebbe parte in causa, e bisognerebbe conchiuderne ch'essa è vincolata dalla sentenza.

150. Abbiamo detto più sopra che il marito ha diritto d'esercitare le azioni immobiliari della moglie, in quanto vi ha interesse come usufruttuario. Egli agisce, in questo caso, non come amministratore dei beni della moglie, ma come capo della comunione. Segue da ciò ch'egli non rappresenta la moglie. Questa non è parte in causa e, conseguentemente, la sentenza non può esserle opposta (3).

151. L'azione immobiliare intentata dal marito, sia come capo della comunione, sia come amministratore legale, interrompe la prescrizione? Ritorneremo sulla questione al titolo che è sede della materia.

152. Vi ha un'azione particolare concernente i beni della moglie e la quale esige in colui che la esercita una particolare capacità. È l'azione di divisione. L'art. 818 pone il principio. Noi l'abbiamo spiegato altrove (t. X, n. 251). Non resta che applicarlo alla comunione legale. Il marito può, senza il concorso della moglie, provocare la divisione degli oggetti mobili od immobili a lei devoluti i quali cadono nella comunione. Sotto il regime della comunione legale solo le successioni mobiliari entrano nell'attivo. Il marito ha dunque il diritto d'agire quale signore delle azioni, come diceva la consuetudine di Parigi. Quanto alle successioni immobiliari, esse restano proprie della moglie, la quale sola può esercitare l'azione di divisione coll'autorizzazione maritale o giudiziaria. L'art. 818 dice che, a riguardo degli oggetti che non cadono in comunione, il marito non può provocarne la divisione senza il concorso della moglie. È, veramente, la moglie la quale agisce autorizzata dal marito, perchè il marito non ha veste alcuna. Però l'art. 818 gli dà il diritto di domandare la divisione provvisoria quando ha il diritto di godere dei beni. Ora, sotto il regime di comunione legale, il marito ha il godimento dei beni immobiliari proprii della

(1) La Haye, 22 novembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 292).
(2) Parigi, 23 maggio 1872 (DALLOZ, 1872, 2, 169).
(3) Liegi, 26 gennaio 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 171).

moglie. Egli può dunque, come usufruttuario, domandarne la divisione provvisoria.

La maggior parte delle successioni sono in parte mobiliari, in parte immobiliari. Sarà dunque necessario il concorso di entrambi i coniugi per domandarne la divisione, del marito per i beni che cadono in comunione, e della moglie per gli immobili che le restano proprii. Se il marito agisce da solo, non potrebbe domandare che la divisione provvisoria degli immobili.

L'art. 818 aggiunge che i coeredi della moglie non possono provocare la divisione definitiva se non chiamando in causa il marito e la moglie. Questa disposizione si riferisce alle successioni immobiliari di cui la legge ha appena parlato. Quanto agli oggetti mobili devoluti alla moglie, il marito, avendo il diritto di domandarne la divisione senza il concorso della moglie, può anche stare in giudizio come convenuto senza il di lei concorso.

N. 6. — Del diritto di disporre.

I. — Degli immobili.

153. L'art. 1480 dispone che il marito non può alienare gli immobili personali della moglie senza il di lei consenso. È l'applicazione d'un principio elementare. Il diritto di alienare è uno degli attributi della proprietà. Per principio, il solo proprietario può alienare. La legge si esprime dunque inesattamente dicendo che il marito non può alienare che col consenso della moglie. Non è il marito che aliena, ma la moglie coll'autorizzazione maritale o giudiziaria.

La parola *alienare* comprende ogni atto di disposizione. La consuetudine di Parigi enumerava gli atti che il marito non può fare. Essa diceva « che il marito non può vendere, permutare, dividere o licitare, onerare, obbligare nè ipotecare il fondo proprio della moglie senza il suo consenso, nè lo può la moglie se non autorizzata all'uopo dal marito ». Questa enumerazione era inutile. Il principio, quale è formulato dal codice, basta. Il marito non può fare alcun atto di disposizione.

154. La giurisprudenza ha applicato il principio in questo senso. È stato giudicato che il marito non può, senza il concorso della moglie, permettere l'apertura d'una cava o d'una miniera in un fondo che è personale alla moglie, perchè questa apertura costituisce un'alienazione di diritti immobiliari. Gli è, infatti, come disporre d'una parte del suolo (1).

155. Se il marito aliena un immobile proprio della moglie, può questa rivendicarlo? È una questione molto controversa, e debbono esservi serii dubbii, se Pothier ha cambiato opi-

(1) Amiens, 30 novembre 1857 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1308).

nione. Quando la moglie rinuncia alla comunione, il suo diritto è certo. Essa può rivendicare, come ogni proprietario ne ha il diritto. Non le si può opporre la vendita fatta dal marito, perchè questa è una convenzione a lei estranea. Pel fatto della rinuncia essa non è più considerata come moglie in comunione di beni, e quindi non è vincolata da alcun atto emanato dal marito. Essa si trova nella condizione di ogni proprietario di cui un terzo, senza alcun diritto, avesse alienato una cosa che gli appartiene. Essa conserva il suo diritto di proprietà, e può esercitarlo colla rivendicazione.

Non è più così quando la moglie accetta la comunione. Il marito che vende un immobile appartenente alla moglie è tenuto alla garanzia. L'obbligo di garantire il compratore contro l'evizione cade nella comunione? Se vi cade, la moglie che accetta è tenuta integralmente alla garanzia o non vi è tenuta che per metà? Se la moglie deve garantire il compratore, può evincerlo rivendicando l'immobile contro di lui? Tali sono le questioni che sorgono in questa materia, tutte più o meno dubbie.

La moglie che accetta la comunione è tenuta alla garanzia? Pothier insegna l'affermativa nel suo *Trattato della vendita*, e noi la crediamo incontestabile. Il marito è garante. Ora, ogni debito del marito è debito di comunione. È questa una regola senza eccezione quando si tratta dei rapporti del marito coi terzi. Se la garanzia è un debito della comunione, la moglie vi è tenuta, come di ogni debito comune, per metà. Obbligata a garantire il compratore contro l'evizione, essa non può evincerlo, almeno per la metà di cui è garante (1). Lasciamo da parte per un momento questo lato della questione. Dobbiamo provare anzitutto che la moglie è garante.

Dopo aver insegnato nel suo *Trattato della vendita*, che la moglie la quale accetta la comunione è tenuta alla garanzia, Pothier ha professato l'opinione contraria nel suo *Trattato della comunione*. Era l'opinione generale nell'antico diritto. Perchè la moglie non sia garante bisogna ammettere che l'obbligo della garanzia non cade a carico della comunione. È quello che Pothier cerca di dimostrare. La legge, egli dice, dà al marito il diritto d'obbligare la comunione e, per conseguenza, la moglie, se questa l'accetta. Ma la legge non permette al marito di onerare la comunione colla vendita che facesse d'un bene proprio della moglie. Al contrario, essa gli vieta d'alienarlo senza il consenso della moglie. Dunque, se vende non agisce come capo della comunione. Egli contrae da solo, in nome suo personale, e quindi la comunione non è tenuta all'obbligo della garanzia. Questo debito resta personale al marito. Se il principio è vero, la conseguenza è evidente. La garanzia, non essendo un debito di comunione, non diviene un debito della moglie. E se la

(1) POTHIER, *Della vendita*, n. 179. TOULLIER, t. VI, p. 216, n. 226.

moglie non è garante, nulla le impedisce di evincere il compratore. Dunque essa può rivendicare contro di lui, e, naturalmente, tutto l'immobile, poichè non è tenuta alla garanzia per la metà più che non sia per l'intero (1).

L'argomentazione di Pothier ci pare estremamente debole. Egli dimentica i principii che ha stabiliti intorno ai poteri del marito. Come signore e padrone dei beni comuni, il marito ha un potere assoluto d'obbligare la comunione a riguardo dei terzi. Non si deve considerare s'egli abbia o meno diritto di fare l'atto col quale la obbliga. Il marito ha forse diritto di commettere dei crimini? Eppure egli obbliga la comunione coi suoi crimini, e la moglie è obbligata per questo titolo, se accetta la comunione. Se il marito obbliga la comunione coi suoi crimini, perchè non la obbligherebbe colle sue colpe o coi suoi quasi-delitti? Giacchè altro non è il fatto di vendere un bene proprio della moglie. Pothier dice che occorre il consenso della moglie perchè il marito possa vendere uno dei suoi beni proprii, e ne conchiude che l'obbligo della garanzia resta personale al marito. Ma egli dimentica qual sia l'effetto dell'accettazione della comunione. Accettando, la moglie consente, fa proprio l'atto del marito, si ritiene che sia intervenuta nel contratto, nel quale è parte. Perchè dunque non sarebbe essa tenuta alle conseguenze di quest'obbligo come a quelle di ogni altro obbligo che il marito contragga senza il suo consenso attuale ed anche malgrado la sua opposizione?

L'opinione che noi combattiamo era generalmente ammessa nell'antico diritto. Pothier, accettandola, non l'accettò colle sue conseguenze. Egli dice che la comunione non è tenuta che alla restituzione del prezzo, mentre gli autori insegnavano tutti che la comunione deve pagare i danni ed interessi risultanti dall'evizione, essendo questo debito un debito ordinario e non avendo assolutamente nulla di personale al marito. Tale è pure l'opinione degli stessi scrittori che seguono la tradizione (2). La conseguenza non è tale da riconciliarci col principio. A qual titolo deve il venditore i danni ed interessi in caso d'evizione? Li deve perchè è tenuto alla garanzia. Egli deve garantire il compratore, vale a dire difenderlo contro l'evizione. Se non può o non vuole difenderlo, è obbligato a riparare il danno cagionatogli dall'evizione. I danni ed interessi sono dunque una conseguenza necessaria dell'obbligo della garanzia. Può concepirsi che la comunione debba pagare i danni ed interessi quando non fosse obbligata alla garanzia? Se l'obbligo della garanzia è personale, anche le conseguenze che ne risultano devono essere personali al marito. E se le conseguenze non sono personali, ciò avviene perchè l'obbligazione stessa non lo è (3).

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 253.
(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 349, n. 36, § 510 (4.ª ediz.).
(3) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 171, n. 71 *bis* XVII.

Gli scrittori moderni, i quali accettano la seconda opinione di Pothier, non hanno detto nulla che possa assicurarle maggiore autorità. Si pretende che l'*errore* della dottrina da noi sostenuta provenga dalla confusione che facciamo fra l'obbligo della moglie la quale accetta la comunione e l'obbligo dell'erede. Questi, si dice, succede a tutte le obbligazioni del defunto. Non è così della moglie. Semplice associata, essa non è tenuta per questo titolo che alla metà dei debiti i quali cadono a carico della comunione (1). Se *errore* vi ha, ne è autore lo stesso Pothier, perchè egli dice che la moglie la quale accetta la comunione si ritiene che abbia contratto col marito tutti i debiti di cui deve pagare la metà. Essa è dunque parte nel contratto di vendita, essa vende col marito, e quindi è tenuta alla garanzia per il suo proprio fatto, l'accettazione che equivale ad un consenso dato al momento del contratto. Che se si ritiene che la moglie non sia concorsa nell'atto di vendita, se questa vendita è personale al marito perchè a lui vietata, con qual diritto si pongono a carico della moglie i danni ed interessi che risultano dalla garanzia? Si cerca invano di sfuggire alla taccia d'inconseguenza. L'inconseguenza è palpabile. Garantire vuol dire difendere o pagare. È una sola e medesima obbligazione. Chi non è tenuto all'una non potrebbe essere tenuto all'altra. Infatti, garantire vuol dir pagare i danni ed interessi risultanti dall'evizione, perchè il venditore, il più delle volte, non si cura nemmeno di difendere il compratore. Come potrebbe il marito difendere il compratore al quale ha venduto un bene proprio della moglie? Dunque per lui l'obbligo della garanzia consiste nel pagare i danni ed interessi. Dire ch'egli deve pagare i danni ed interessi, e che non è tenuto alla garanzia, è una cosa che, a nostro avviso, non ha senso.

156. La moglie che accetta la comunione è dunque tenuta alla garanzia. Vi è tenuta pel tutto o non vi è tenuta che per metà? Qui sta la vera, la grande difficoltà. Pothier, nel suo *Trattato della vendita*, dice che la moglie, non essendo tenuta alla garanzia se non pel fatto di essere in comunione, non vi è tenuta che per metà, come non è tenuta che per metà a tutti i debiti della comunione che non ha personalmente contratti. È l'opinione nostra (2). Si obbietta che la garanzia è indivisibile, che se la moglie è obbligata a garantire, vi è obbligata necessariamente pel tutto, e se ne conchiude ch'essa non può nulla rivendicare, perchè chi deve garantire non può evincere. La questione se l'obbligo della garanzia è indivisibile, è controversa. Diremo, al titolo della *Vendita*, che, secondo il nostro parere, la garanzia è indivisibile. Come conciliare questa indivisibilità coll'opinione di Pothier da noi adottata? Non è as-

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 348, nota 24, § 510 (4.ª ediz.).
(2) Amiens, 1-8 giugno 1814 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2493).

surdo il dire che la moglie è tenuta alla garanzia per metà quando si tratta d'una obbligazione indivisibile? Rispondiamo che l'obbligazione della garanzia è indivisibile nel senso che il venditore deve garantire tutto ciò che vende. Ma supponiamo che vi siano due venditori. Ciascuno non sarà venditore che per metà, ciascuno non deve dunque garantire che la metà che vende. Questo non è dividere una obbligazione indivisibile, ma limitare l'obbligo della garanzia a ciò che forma l'oggetto della vendita. Ora, non è questa forse la condizione della moglie che accetta la comunione? Essa s'appropria la vendita. Che cosa vuol dire ciò? Si deve forse ritenere per questo che la moglie abbia venduto tutto l'immobile? No, perchè in tal modo si distruggerebbe il contratto di vendita fatto dal marito e gliene verrebbe sostituito un altro fatto dalla moglie. Ora, questo è impossibile. Il marito ha venduto. Ecco un fatto compiuto che nessuna potenza umana potrebbe distruggere. Se la moglie accetta la comunione, si ritiene che sia concorsa nella vendita. Dunque vi sono due venditori, ciascuno per metà. La moglie, venditrice per metà, deve garanzia per questa metà. Non deve garanzia per la metà venduta dal marito, perchè essa non ne è venditrice (1).

157. Abbiamo supposto che il marito sia tenuto alla garanzia come venditore e che la moglie s'approprii quest'obbligo di garanzia accettando la comunione. Può darsi che il marito non debba garanzia. In questo caso, nulla impedirà alla moglie di rivendicare, poichè non si può respingere la sua azione coll'eccezione di garanzia. Ora, il marito non deve garanzia quando vende un bene proprio della moglie, non come proprietario, ma come amministratore legale dei beni della moglie. Il marito non si obbliga, in questo caso, a trasferire la proprietà della cosa, poichè la qualità stessa nella quale agisce esclude ogni idea di traslazione di proprietà non potendo l'amministratore disporre. Per conseguenza non può parlarsi di garanzia. Il compratore acquista nella supposizione che la moglie accetterà la comunione, ciò che di regola essa fa (2). Ecco perchè la giurisprudenza non ha avuto da occuparsi di queste questioni le quali sono sì vivamente discusse sul terreno della dottrina. Non insistiamo su questo punto, perchè dobbiamo trattare la questione di principio al titolo della *Vendita*.

158. Supponendo che la moglie possa rivendicare, nasce la questione di sapere se può agire durante la comunione. La questione è controversa. Noi crediamo che si sia confuso, in questa questione, il principio coll'applicazione che deve esserne fatta alla specie. In teoria bisogna dire, colla Corte di Gand, che ogni diritto apre un'azione la quale può essere esercitata

---

(1) MARCADÉ, t. V, p. 538, n. III dell'art. 1428.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, p. 167, n. 71 *bis* XI.

immediatamente, a meno che la legge non faccia eccezione alla regola. Vi ha un'eccezione per la donna maritata? Essa è proprietaria, ha il diritto di rivendicare. Vi ha una legge, vi ha un principio che le impedisca di rivendicare durante il matrimonio? Si pretende che l'eccezione risulti dall'art. 2256, il quale sospende la prescrizione dei diritti della moglie durante il matrimonio, nei casi in cui l'azione della moglie si ripercuoterebbe contro il marito, e la legge cita precisamente il caso in cui il marito, avendo venduto il bene proprio della moglie senza il suo consenso, è garante della vendita. La Corte di Gand risponde che la sospensione della prescrizione non impedisce alla moglie di agire, il che è evidente. La prescrizione non corre mai contro i minori, ma dovrà dirsi per questo che il tutore non possa e non debba agire per far valere i diritti del minore? Quanto alla moglie, il legislatore ha temuto ch'essa potesse avere ripugnanza ad agire sapendo che l'azione può ripercuotersi contro il marito. È per non obbligarla ad agire che esso sospende la prescrizione, ma non la priva per questo del diritto di agire (1).

Tale è la decisione della questione in teoria. Ci si oppone la tradizione. Troplong ha riassunto tutto ciò che hanno detto gli antichi scrittori. Bisogna sentirlo per farsi un concetto della confusione di ogni cosa che regna in questo autore e, dobbiamo confessarlo, nella dottrina in quanto riguarda la nostra questione. Prima di tutto constatiamo che gli scrittori antichi erano divisi, il che toglie loro autorità, poichè non si sa quale opinione il codice abbia inteso di consacrare, non essendo la difficoltà preveduta dai nostri testi. La moglie, dice Troplong, non ha interesse, perchè i frutti appartengono non a lei, ma alla comunione. Ciò equivale a dire che il nudo proprietario non può rivendicare, il che è una vera eresia. Un usurpatore possiede il mio fondo, lo deteriora, e perchè l'usufruttuario non agisce io dovrò lasciarlo fare! Il proprietario ha sempre interesse ad esercitare il suo diritto. La moglie, si aggiunge, non può censurare l'alienazione fatta dal marito, perchè si ritiene che questi abbia venduto il suo diritto ai frutti. Così la moglie non avrebbe il diritto di rivendicare. Se così è, a quale scopo discutere se essa può rivendicare durante la comunione? Si dice non essere conveniente che la moglie intenti azioni le quali ricadono sul marito. Il legislatore ha tenuto conto di questo sentimento di convenienza, ma tutto ciò che ne ha conchiuso si è che la moglie non è obbligata di agire, essendo la prescrizione sospesa in suo favore. Ma dal fatto che la moglie può non agire si conchiuderà che non ha il diritto di agire? Che importa a noi che le leggi romane biasimino la moglie la quale preferisce il suo vantaggio all'amicizia del marito? La moglie

(1) Gand, 8 giugno 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 144).

risponderà che è affar suo. Ho, o non ho, dirà essa, il diritto di agire? Se ho il diritto di agire, le convenienze non riguardano che me sola. Troplong conchiude che l'opinione da lui così singolarmente motivata è la sola giuridica! (1). È l'opinione, egli dice, di tutti gli scrittori moderni.

Ciò non è esatto. Gli scrittori distinguono. Essi permettono alla moglie d'agire coll'autorizzazione giudiziale (2). Questa distinzione è arbitraria. Ciò che la moglie può fare autorizzata dal marito può fare anche se autorizzata dal giudice. Non sta qui la vera difficoltà. La soluzione della questione dipende dal diritto che la moglie ha di rivendicare. Se si crede, colla tradizione, che la moglie non è tenuta alla garanzia, che può rivendicare, sia che accetti la comunione, sia che vi rinunci, nulla si oppone a che possa agire immediatamente. Essa si trova nella condizione di ogni proprietario, il quale può quando gli piaccia rivendicare la proprietà che altri ha venduta. Ma non è così se si ammette che la moglie la quale accetta la comunione è tenuta alla garanzia. Il suo diritto di agire è subordinato, in questo caso, al partito ch'essa prenderà allo scioglimento della comunione. Se vi rinuncia, potrà rivendicare, se l'accetta, non lo potrà che per metà. Secondo la nostra opinione, essa non lo potrà nemmeno per una parte se si crede dover applicare il principio dell'indivisibilità. Come potrebbe la moglie rivendicare quando non si sa nemmeno se avrà mai il diritto di agire?

159. La moglie, secondo il nostro parere, non può agire che allo scioglimento della comunione. Essa può rivendicare tutto, se vi rinuncia; può rivendicare per metà, se l'accetta. La moglie ha anche un'altra azione contro il marito, azione di danni ed interessi fondata sulla sua mancanza ai doveri d'amministratore. Invece di conservare i beni della moglie, com'era suo dovere, egli ne ha disposto, violando così l'art. 1428. Il marito è responsabile, e quindi è tenuto ai danni ed interessi. Spetta alla moglie vedere quale delle due azioni le convenga esercitare. Se l'immobile fosse deteriorato, deprezzato, avrebbe interesse ad agire contro il marito, supponendo che questi sia solvibile. Egli non potrebbe respingere l'azione della moglie rinviandola ad agire contro il terzo possessore. Egli è personalmente obbligato e tenuto ad adempiere la sua obbligazione. Su questo punto non potrebbe esservi dubbio (3).

160. La moglie può rinunciare al diritto che ha di agire sia contro il marito, sia contro il terzo possessore. È questa

---

(1) TROPLONG, t. I, p. 304, n. 988. Cfr. Bastia, 6 maggio 1856 (DALLOZ, 1856, 2, 303).

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 348, note 25 e 26. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 206, n. 913.

(1) TROPLONG, t. I, p. 302, n. 986. AUBRY e RAU, t. V, p. 349, nota 27, § 510.

una conferma. Bisogna dunque applicare i principii che reggono la conferma (1). È stato giudicato che la moglie separata di beni, la quale esercita le sue riprese contro il marito, non conferma con ciò la vendita che questi ha fatto d'un suo bene proprio. Chi ha due diritti, non rinuncia all'uno esercitando l'altro. Le rinuncie sono di stretto diritto. La moglie separata di beni è obbligata ad agire contro il marito perchè deve eseguire la sentenza nel termine fissato della legge. È una ragione decisiva la quale impedisce d'invocare contro di essa i procedimenti da lei rivolti contro il marito per indurne una rinuncia al diritto che ha di rivendicare il suo immobile. Sarebbe così anche quando la comunione fosse sciolta pel divorzio o per la morte del marito. La moglie ha due diritti essenzialmente diversi, un'azione personale per danni ed interessi ad un'azione reale di rivendicazione. Essa può preferire l'azione contro il marito o i suoi eredi per via di compenso. Ma se questa azione non riesce perchè la comunione è passiva e il marito insolvibile, essa resta proprietaria e, come tale, può rivendicare. È l'applicazione dei principii generali che abbiamo esposti al titolo delle *Obbligazioni* (2).

II. — Dei mobili.

161. Può il marito alienare i mobili corporali e i crediti proprii della moglie? Prima d'esaminare la questione, che è molto controversa, bisogna vedere quale interesse presenti la soluzione per la moglie. Si potrebbe credere che essa non vi abbia alcun interesse, in forza del principio consacrato dall'articolo 2279. Infatti, se si tratta di mobili corporali, la moglie non può rivendicarli contro il terzo possessore di buona fede, quand'anche il marito non avesse la facoltà di alienarli. Però, anche in questo caso, la questione non è senza interesse. Può darsi che il compratore non sia in possesso. Allora la moglie può invocare la nullità della vendita se il marito non ha il diritto di vendere. La moglie potrà rivendicare le cose vendute anche nel caso che il possessore sia di mala fede. Infine la questione ha un'alta importanza pei crediti, obbligazioni, azioni, così numerose nella nostra moderna società. Diremo al titolo della *Prescrizione*, come il possessore non possa invocare la massima che *in fatto di mobili il possesso vale titolo* quando si tratta di mobili incorporali.

162. A nostro avviso, il marito amministratore non può alienare. Il principio che abbiamo invocato per gli immobili s'applica anche agli oggetti mobili. A termini dell'art. 544, la pro-

(1) Colmar, 14 maggio 1813 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1318).
(2) Bourges, 30 novembre 1814 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1318).

prietà è il diritto di disporre delle cose nella maniera più assoluta. Dunque il diritto di disporre è una delle facoltà, e la più importante, che derivano dal diritto di proprietà. Che importa la natura della cosa che si aliena? Il diritto di disporre non dipende dalla natura mobiliare o immobiliare della cosa che forma l'oggetto della vendita, ma dipende dalla qualità di colui che vende. Se l'amministratore non ha il diritto di alienare gli immobili, per la stessa ragione non ha il diritto d'alienare gli oggetti mobili. È vero che la dottrina tradizionale ha derogato al rigore dei principii in quanto concerne le azioni, poichè accorda all'amministratore le azioni mobiliari mentre gli rifiuta le azioni immobiliari. Ma la ragione sta nel fatto che l'antico diritto dava minore importanza ai mobili che agli immobili. Si comprende che, in questo ordine di idee, si permettesse all'amministratore d'alienare gli oggetti mobili, benchè non abbia il diritto d'alienare gli immobili (1). Non basta. Dal fatto che il marito amministratore ha le azioni mobiliari si potrebbe conchiudere ch'egli ha il diritto di disporre degli effetti mobili, poichè è sempre stato ammesso il principio che per avere il diritto di stare in giudizio bisogna avere la disponibilità d'una cosa. Ma la proposizione inversa non è esatta. Anzitutto sarebbe poco giuridico indurre il diritto d'alienare dal diritto d'agire in quanto concerne gli oggetti mobili. Sarebbe estendere un'eccezione che è contraria ai principii, una eccezione che viola il diritto di proprietà. Dobbiamo senza dubbio rispettare il diritto tradizionale in quanto il codice lo ha mantenuto, ma bisogna limitarlo entro i termini precisi della legge. Si può dunque e si deve riconoscere ad ogni amministratore il diritto d'esercitare le azioni mobiliari, ma per accordargli il diritto d'alienare gli oggetti mobili occorrerebbe un testo. La questione si riduce dunque a sapere se vi ha un testo, il quale accordi al marito il diritto d'alienare gli oggetti mobili proprii della moglie.

163. Si invoca anzitutto l'art. 1428. La legge dice che il marito non può alienare gli *immobili* personali alla moglie senza il suo consenso. Se il legislatore avesse voluto applicare ai mobili quello che dice degli immobili, avrebbe disposto che il marito non può alienare i *beni* personali della moglie. Limitando il divieto d'alienare agli *immobili*, la legge riconosce implicitamente al marito il diritto d'alienare gli oggetti mobili. Ciò che conferma questa induzione tratta dal silenzio della legge è ch'essa accorda al marito le azioni mobiliari (2). Rispon-

---

(1) È l'opinione degli antichi scrittori, in quanto riguarda il marito amministratore. Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. V, p. 459, nota 33.

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 458, nota 33, § 510 (4.ª ediz.). Vi sono, in questo senso, alcune sentenze molto mal redatte. Bourges, 22 maggio 1812, Angers, 26 gennaio 1842 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2705, 2.° e 3.°). La Corte di Bourges giunge fino a dire che il marito ha diritto d'usare e d'abusare, confondendo il potere del marito amministratore legale col potere del marito capo della comunione.

diamo che un argomento tratto dal silenzio della legge non basta per dare al marito amministratore un diritto che è in opposizione coi principii. Certo la legge potrebbe essere meglio redatta, ma la cattiva redazione si spiega. Sotto il regime di comunione la moglie non ha mobili proprii, poichè i mobili presenti e futuri dei coniugi entrano in comunione. Si comprende dunque come il legislatore non abbia pensato ai mobili che, in casi rarissimi, restano proprii della moglie. A questo si obbietta che gli scrittori del codice, avendo preveduto il caso che la moglie abbia azioni mobiliari sue proprie dovevano prevedere anche il caso che avesse oggetti mobili suoi proprii. La consuetudine di Parigi risponde all'obbiezione. Dicendo che il marito è signore di tutte le azioni della moglie, essa intendeva tanto le azioni relative ai mobili che entravano in comunione quanto le azioni concernenti i mobili che ne erano esclusi. D'altronde per le azioni mobiliari vi era un diritto comune. Esse sono concesse ad ogni amministratore, e quindi bisognava concederle al marito. Ma dovrà dirsi che accordandogli le azioni mobiliari era necessario accordargli anche il diritto d'alienare gli oggetti mobili? Abbiamo già detto che l'uno di questi diritti non può indurre l'altro. Il testo stesso del codice lo prova. Il tutore può intentare le azioni immobiliari coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, mentre non può alienare gli immobili che colla omologazione del tribunale. L'art. 1428 deve dunque essere lasciato da parte. La redazione è incompleta, anche in quanto concerne le azioni, ed è incompleta su ciò che concerne il diritto d'alienare. Bisogna abbandonare il testo e ricorrere ai principii (1).

164. Si pretende che il codice abbia mantenuto la dottrina tradizionale quanto al diritto d'alienare i mobili come l'ha mantenuta quanto al diritto d'intentare le azioni mobiliari. Qui la questione diventa esclusivamente una questione di testo. Esaminiamola.

Gli immessi nel possesso provvisorio hanno l'amministrazione dei beni dell'assente. Essi sono anzi più che amministratori. Eredi presuntivi, amministrano beni che, secondo ogni probabilità, sono già di loro pertinenza. Ma la legge conferisce loro il diritto d'alienare gli oggetti mobili? L'art. 126 risponde che « il tribunale ordinerà, se del caso, di vendere tutto od una parte dei mobili ». Gli immessi non hanno dunque il diritto di disporre; è il tribunale che ordina la vendita, se sia del caso. Se il tribunale non l'ordina, gli immessi non hanno il diritto di vendere.

Anche il tutore è amministratore (art. 450). Ha egli, in tale qualità, il diritto d'alienare i mobili del minore? L'art. 452 dice che il tutore *farà* vendere tutti i mobili all'infuori di

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 165, n. 71 *bis* IX.

quelli che il consiglio di famiglia lo avrà autorizzato a conservare in natura. È una obbligazione legale, non un diritto.

Il minore emancipato non ha, per principio, che il diritto di fare atti di semplice amministrazione. A termini dell'art. 484, egli non può vendere i suoi immobili. Potrà vendere i mobili? Il codice non lo dice. Lo si è indotto argomentando *a contrario* dall'art. 484. Poco c'importa. Noi cerchiamo una disposizione che accordi all'amministratore il diritto d'alienare. Quand'anche il minore emancipato avesse questo diritto, non se ne potrebbe conchiudere nulla, perchè egli non è amministratore del patrimonio altrui, ma proprietario, e si comprenderebbe che la legge desse a un proprietario un diritto che rifiuta ad un semplice amministratore. Ma il codice non riconosce nemmeno al minore emancipato il diritto d'alienare. Glielo si accorda argomentando dal silenzio della legge, ma l'argomentazione *a contrario* non è certamente un testo legislativo.

La moglie separata di beni riprende la libera amministrazione del suo patrimonio, dice l'art. 1449 il quale soggiunge ch'essa può disporre dei suoi mobili ed alienarli. Ecco la sola disposizione la quale riconosca il diritto d'alienare i mobili ad una persona incapace che non ha il diritto d'alienare i suoi immobili e che non ha che un potere d'amministrazione. Ma bisogna notare che la moglie separata di beni è proprietaria, ch'essa ha il libero godimento dei suoi beni. È unicamente in forza della sua qualità di donna maritata ch'essa ha bisogno dell'autorizzazione maritale, ed è per ragioni affatto speciali che la legge deroga, in questo caso, alla podestà del marito. Ciò non ha nulla di comune colla questione che esaminiamo, quella, cioè, di sapere se vi è un testo il quale dia all'amministratore dei beni altrui il diritto d'alienare.

Vi ha un'altra disposizione la quale tratta del diritto d'alienare le cose mobili a proposito d'un amministratore. È l'articolo 1860, a termini del quale il socio che non è amministratore non può alienare nè impegnare nemmeno le cose mobili che dipendono dalla società. Proveremo, al titolo dove è la sede della materia, che questa disposizione conferma il principio da noi stabilito, il principio, cioè, che l'alienazione degli oggetti mobili non appartiene a coloro i quali non hanno che un potere d'amministrazione (1).

165. La questione che discutiamo ha poca importanza per la comunione legale. Nella pratica essa non si presenta

---

(1) È l'opinione della maggior parte degli scrittori moderni. Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. V, p. 459, nota 33. Bisogna aggiungere MOURLON, t. III, p. 58, n. 144, e COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 165, n. 71 *bis* IX. Cfr. Cassazione, 17 dicembre 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 154). La Corte non decide la questione in termini formali.

che quando i coniugi hanno escluso dalla comunione tutti o parte dei loro mobili. Ritorneremo sull'argomento trattando delle clausole di realizzazione.

§ III. — *Della responsabilità del marito.*

166. L'art. 1428 stabilisce il principio della responsabilità del marito (n. 126), ma non dice quale sia il grado di colpa di cui risponde. Gli scrittori antichi che attribuivano grande importanza alla teoria della colpa, sono più precisi. D'Argentré scrive che il marito risponde della colpa grave e della colpa lieve (1), il che, nel linguaggio del codice, significa che il marito è responsabile quando non amministra i beni della moglie colla diligenza di un buon padre di famiglia (art. 1137). A primo aspetto questo principio pare contrario all'art. 1992. Il marito, in quanto è amministratore, è un mandatario legale. E che cosa dice l'art. 1992 della responsabilità del mandatario? Per regola generale il mandatario risponde della colpa lieve, ma la legge aggiunge che la responsabilità è applicata meno rigorosamente a chi esercita il mandato gratuitamente che a chi riceve un compenso. Ora, il marito amministra gratuitamente. Se percepisce i frutti non li percepisce come amministratore, ma come capo della comunione, e li percepisce per aiutarla a sopportare i pesi del matrimonio. Nella sua qualità di mandatario gratuito egli non dovrebbe, in virtù dell'art. 1992, rispondere che d'una colpa minore della colpa lieve. Crediamo tuttavia che si debba mantenere la formula di D'Argentré. Il codice è più severo per gli amministratori legali che per i mandatarii. Così il tutore risponde della colpa lieve (articoli 450 e 1137). Lo stesso deve essere del marito. Questa severità si spiega. È la legge che incarica il tutore del mandato d'amministrare, non è il mandante che lo sceglie. La legge ha dovuto dunque imporgli una responsabilità più rigorosa. Non insistiamo. La questione delle colpe ha poca importanza infatti, perchè i giudici decidono, non in base a teorie, ma in base alle circostanze della causa.

167. Il marito è anche usufruttuario. Deve egli, a questo titolo, dar cauzione di godere e d'amministrare da buon padre di famiglia? No, è come capo della comunione ch'egli gode dei redditi della moglie e, a questo titolo, non è responsabile. Se è responsabile come amministratore, non ne risulta che una conseguenza, ch'egli deve, cioè, i danni od interessi, ma non si può costringerlo a dar cauzione, poichè la legge non gli impone quest'obbligo. Il codice non segue una regola fissa in questa materia. Esso obbliga gli immessi nel possesso prov-

(1) D'ARGENTRÉ, *Consuetudine di Bretagna*, art. 34, n. 29, p. 118 (ediz. del 1661).

visorio a dar cauzione (art. 120), mentre non vi obbliga i tutori ed il marito (1).

168. È stato giudicato che il marito è responsabile quando non denuncia nel termine prescritto dalla legge le successioni devolute alla moglie, e che risponde della insufficienza della denuncia. Per conseguenza, la Corte ha diffalcato dal suo conto la doppia tassa e la multa percepite dal fisco in forza di queste contravvenzioni (2).

169. L'art. 1428 dichiara il marito responsabile di ogni deperimento dei beni personali della moglie causato da mancanza d'atti conservativi. L'interruzione della prescrizione è uno degli atti conservativi che il marito è obbligato di fare nell'interesse della moglie. Così dice l'art. 2254, e dispone che, se viene acquisita la prescrizione contro la moglie, per non essere stata interrotta, la moglie ha regresso contro il marito. Però gli scrittori vi aggiungono una riserva che risulta dal principio stesso della responsabilità del marito. Perchè questi sia responsabile bisogna che vi sia colpa, vale a dire ch'egli non abbia agito da buon padre di famiglia. Ora, può darsi che la prescrizione si sia compiuta poco dopo la celebrazione del matrimonio, prima che il marito abbia potuto prendere cognizione degli affari della moglie. Egli non ha mancato, in questo caso, ai suoi doveri di buon padre di famiglia, e quindi non è responsabile (3).

170. Il marito è pure responsabile se i debitori diventano insolvibili e se ha trascurato di escuterli quando erano ancora solvibili. Anche qui bisogna fare una restrizione. La responsabilità è una questione di fatto. In seguito all'apertura di una successione, alla quale è chiamata la moglie, uno degli eredi è incaricato di riscuotere i crediti. Egli trascura il suo dovere, i debitori diventano insolvibili. È stato giudicato che il marito non rispondeva di questa insolvibilità, perchè, nel caso concreto, non era a lui che incombeva l'obbligo di escutere il debitore (4).

171. La moglie aliena un bene proprio coll'autorizzazione maritale. Il marito deve vegliare all'impiego dei denari provenienti dalla vendita. Invece di impiegare egli stesso il prezzo, dà mandato d'impiegarlo alla moglie secondo le sue convenienze. Abbiamo detto più sopra quale sia l'effetto di questo mandato (n. 104). La Corte di cassazione ha giudicato che, essendo il marito responsabile dell'amministrazione dei beni, non poteva sottrarsi a questa responsabilità scaricando la gestione sulla moglie. Egli risponde della mancanza dell'impiego del prezzo, salvo a vedere se ha azione contro il mandatario (5).

---

(1) Nîmes, 2 gennaio 1807 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1384).
(2) Bordeaux, 8 febbraio 1843 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1385).
(3) Vedi le testimonianze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, nn. 1386 e 1387.
(4) Rigetto, 31 marzo 1824 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1391).
(5) Rigetto, 8 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 33).

§ IV. — *Diritti della moglie.*

172. La moglie non ha alcun diritto sui beni comuni durante la comunione. Non così dei suoi beni proprii. Essa ne conserva la proprietà, e quindi può disporne a titolo oneroso o a titolo gratuito, solo che, siccome è incapace, deve essere autorizzata. L'autorizzazione giudiziaria ha un effetto meno esteso dell'autorizzazione del marito. L'autorità giudiziaria non può autorizzare la moglie che ad alienare la nuda proprietà dei suoi beni, giacchè il godimento appartiene alla comunione, mentre il marito può rinunciare a questo godimento ed autorizzare la moglie ad alienare la piena proprietà dei suoi beni. Il marito può avervi interesse. La nuda proprietà si vende male. Ora, è d'ordinario nell'interesse del marito che la moglie aliena i suoi beni proprii. Il marito ha dunque interesse a che la vendita si faccia a condizioni favorevoli. Egli ritroverà nel prezzo, di cui può godere e disporre, un compenso alla perdita che fa rinunciando al godimento dell'immobile.

Bisogna applicare all'ipoteca ciò che diciamo della vendita, essendo l'ipoteca un'alienazione parziale. La moglie che si obbliga coll'autorizzazione maritale o giudiziaria obbliga anche i suoi beni, e li obbliga anche senza autorizzazione quando si obbliga con un delitto od un quasi-contratto. Ma, senza autorizzazione maritale, essa non obbliga che la nuda proprietà dei suoi beni. Quando agisce autorizzata dal marito, il debito cade nel passivo della comunione e, per conseguenza, il creditore ha azione sul godimento dei beni proprii della moglie.

Vi ha un atto pel quale la moglie non ha bisogno di alcuna autorizzazione, quantunque, con questo atto, essa disponga della piena proprietà dei suoi beni. È il testamento. Abbiamo detto altrove perchè la legge permette alla moglie di testare senza esservi autorizzata.

173. Dal principio che la moglie conserva la proprietà dei suoi beni personali ne segue che i creditori del marito o della comunione non possono sequestrarli, sia che si tratti dei mobili, sia che si tratti degli immobili. Ma siccome i beni della moglie sono confusi con quelli della comunione, può darsi che i creditori sequestrino gli uni e gli altri. La moglie potrà, in questo caso, domandare la separazione dei suoi beni personali conformemente alle regole del codice di procedura (art. 727) (1).

174. La moglie non ha l'amministrazione dei suoi beni personali. Ma vi sarà dessa estranea come è estranea a quella

(1) Colmar, 24 gennaio 1832 (DALLOZ, v. *Successions*, n. 1622). La sentenza non vi è riportata per intiero.

della comunione? No, certo. Il testo stesso del codice rileva la differenza. L'art. 1421 dispone che il marito amministra da solo i beni della comunione, mentre l'art. 1428 dice solamente che il marito ha l'amministrazione di tutti i beni personali della moglie. Secondo il nostro parere, la moglie non può nemmeno intervenire nell'amministrazione della comunione, per esempio nella donazione che il marito volesse fare d'un bene della comunione (n. 21), mentre la legge non le impedisce d'intervenire nella gestione del patrimonio suo proprio, anzi l'art. 1429 implica che lo possa. Il marito da *solo* non può fare che un affitto d'amministrazione; col concorso della moglie può fare un affitto di disposizione.

175. La moglie potrebbe fare, coll'autorizzazione giudiziaria, un atto d'amministrazione se il marito trascurasse di farlo? Quanto agli atti conservativi non vi ha alcun dubbio Questi atti possono essere compiuti dagli incapaci, e quindi anche dalla donna maritata, poichè è in conseguenza della podestà maritale ch'essa perde l'amministrazione dei suoi beni. È stato giudicato che la moglie può, come tutti i creditori del marito, opporsi a che venga fatta una divisione senza la sua presenza (1).

Si ammette ancora, secondo la tradizione, che la moglie può intervenire negli atti giudiziali iniziati dal marito. Dumoulin diceva che la moglie autorizzata giudizialmente può intervenire, contro la volontà del marito, affine di evitare la collusione fra lui e il convenuto, e quindi per la conservazione dei suoi diritti. L'autorità del grande giureconsulto aveva fatto adottare questa opinione come una regola (2).

Non si deve andare oltre e permettere alla moglie d'agire quando il marito trascura di farlo? Anche qui possiamo invocare la lettera della legge. L'art. 1428 dice che il marito *può* esercitare *da solo* le azioni mobiliari e possessorie della moglie, o in altri termini, che può agire senza il concorso della moglie. Quando la legge vuole escludere la moglie si esprime diversamente. L'art. 1421 dispone che il marito *amministra da solo* i beni della comunione. L'art. 1549 dice che il marito *solo* ha l'amministrazione dei beni dotali sotto il regime della dote e che egli *soltanto* ha il diritto di escuterne i debitori e possessori. Tutto ciò che risulta dall'art. 1428 si è che il concorso della moglie non è necessario perchè il marito abbia il diritto d'agire. Ma se il marito non agisce, perchè non potrebbe agire la moglie? L'amministrazione è un obbligo imposto al marito nell'interesse della moglie, non è un diritto che la legge stabilisca in suo favore. Se il marito trascura di agire, la moglie deve avere il diritto

---

(1) Torino, 9 gennaio 1811 (DALLOZ, v. *Successions*, n. 1597). La sentenza non è riferita per intiero.

(2) FERRIÈRE, *Commentario sulla consuetudine di Parigi*, art. 223, glossa unica, n. 6.

di vegliare essa medesima ai proprii interessi. È l'opinione generale (1). E ciò che è vero delle azioni è vero di ogni atto d'amministrazione.

Sezione V. — Dello scioglimento della comunione.

Art. 1. — Delle cause per cui la comunione si scioglie.

§ I. — *La morte.*

176. L'art. 1441 dispone: « La comunione si scioglie: 1.° colla morte naturale ». La morte scioglie il matrimonio, e quindi deve sciogliere la comunione, che è una conseguenza del matrimonio. E' vero che le convenzioni sopravvivono, in generale, alla morte delle parti contraenti, ma questo principio va soggetto ad eccezione riguardo ai contratti che si formano unicamente per considerazioni personali. Tale è la società (art. 1865, 3.°). Tale dev'essere specialmente la comunione, la società dei beni confondendosi colla società delle persone.

Secondo l'art. 1441, la comunione si scioglie anche colla morte civile. Si sa che la morte civile è abolita nel Belgio dalla nostra costituzione e in Francia dalla legge del 31 maggio 1854.

Vi ha un fatto che si assimila talvolta alla morte, cioè l'assenza. L'assenza non risolve la comunione, perchè non scioglie il matrimonio. Però le misure che la legge prescrive nell'interesse degli eredi presuntivi dell'assente ledono gravemente le convenzioni matrimoniali. Dopo la dichiarazione d'assenza il coniuge è chiamato a pronunciarsi sia per la continuazione provvisoria della comunione, sia per il suo provvisorio scioglimento. La comunione è provvisoriamente mantenuta se il coniuge presente opta per la continuazione, ma questo stato di cose cessa quando gli eredi domandano l'immissione definitiva. In questo caso si dividono i beni dell'assente come si farebbe se fosse morto. La comunione è liquidata e divisa. Tuttavia essa cessa più di fatto che di diritto. Se l'assente ritornasse, la comunione continuerebbe come se non fosse mai stata divisa. Rimandiamo, su tutti questi punti, al titolo dell'*Assenza.*

N. 1. — Dell'obbligo imposto al coniuge superstite di fare inventario.

177. L'art. 1442 dice che la mancanza d'inventario dopo la morte di uno dei coniugi non dà luogo alla continuazione della comunione. Questa disposizione si riannoda all'antico diritto

(1) Duranton, t. XIV, p. 433, n. 317. Rodière e Pont, t. II, p. 197, n. 906.

ch'essa intende di abrogare. Secondo la maggior parte delle consuetudini, la comunione continuava fra il coniuge superstite ed i figli minorenni del coniuge premorto quando il superstite non aveva fatto inventario. Non già che questa continuazione avesse luogo di pieno diritto. Era una facoltà per i figli. La comunione era, in realtà, sciolta colla morte del padre o della madre, ma i figli, in mancanza d'inventario, avevano il diritto di mantenerla contro il coniuge superstite (1). Diciamo contro di lui, perchè essa continuava a titolo di pena e per una singolare eccezione. Può concepirsi che vi sia comunione, vale a dire società fra coniugi, conseguenza del matrimonio, quando non vi ha più matrimonio ed uno dei due soci è morto? Perchè le consuetudini permettevano ai figli di continuare la comunione? Era a titolo di pena, si diceva, una pena nel senso del diritto civile, vale a dire pei danni ed interessi risultanti dalla colpa del coniuge superstite. Non avendo questi fatto inventario, era difficilissimo ai figli minorenni stabilire la consistenza della comunione, e, per conseguenza, i diritti che avevano sulla medesima erano compromessi e potevano essere lesi (2). Di qui un'azione per danni ed interessi.

Gli autori del codice civile, i quali nella materia della comunione seguono generalmente la tradizione, su questo punto se ne sono scostati. Quale ne è la ragione? La continuazione della comunione dava luogo a difficoltà ed a contestazioni tra i figli e il genitore superstite nel caso frequente in cui questi contraesse un secondo matrimonio. Si formava allora col secondo matrimonio una nuova comunione, e pure continuava la comunione coi figli del primo letto. Le due comunioni si confondevano in una sola che si chiamava *tripartita*, perchè si divideva in tre, il coniuge superstite, i figli del primo letto, ed il secondo coniuge. Questa confusione di due comunioni aventi ciascuna il suo attivo e il suo passivo, i suoi compensi, le sue collazioni e le sue riprese, era una fonte inesauribile di controversie. Si tutelavano molto male gl'interessi dei figli impegnandoli in una società così complicata e in liti quasi inevitabili coi loro genitori (3). Inoltre, ed è questo un punto decisivo, la continuazione della comunione urtava tutti i principii di diritto e di giustizia. L'oratore del governo lo ha dimostrato benissimo. Si voleva punire il coniuge superstite perchè aveva trascurato di fare inventario. Ogni pena suppone una colpa. Ma vi era necessariamente colpa nel solo fatto di non fare inventario? Se il superstite non faceva inventario, ciò accadeva sovente per ignoranza, o per evitare le spese quando la comunione era poco attiva. E

---

(1) Tale era anche l'antico diritto belga. Gand, 11 agosto 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 341).

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 771.

(3) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 273, n. 992.

siccome le successioni di poca entità sono in maggior numero, la pena colpiva d'ordinario parenti che non avevano alcuna colpa. La continuazione della comunione offendeva tanto i principii di diritto quanto quelli dell'equità. Era una anomalia ingiustificabile, una società che si scioglie e che continua, una società che il superstite contraeva senza volerlo e sovente senza saperlo (1).

178. Vi era un mezzo più semplice per garantire le ragioni dei figli e di tutti coloro che erano interessati a che la consistenza della comunione fosse esattamente constatata; si poteva, cioè, permettere loro di provare la consistenza dei mobili non inventariati con tutti i mezzi legali ed anche colla pubblica fama. Tale è il sistema del codice. Esso lo sancisce con una duplice pena quando vi sono figli minorenni. Anzitutto il genitore superstite è decaduto dall'usufrutto legale, il che è al tempo stesso un vantaggio pecuniario pei figli. Per di più, se questi subiscono un danno dalla mancanza d'inventario, possono reclamarne il risarcimento non solo contro il padre o la madre, ma anche contro il protutore.

179. Entro qual termine il coniuge superstite deve fare inventario per non incorrere nelle penalità comminate dalla legge? L'art. 1442 non prescrive alcun termine. Di qui una grave difficoltà. Perchè la legge non dice che l'inventario va compilato subito si può conchiudere che potrà farsi in ogni tempo? Ciò è assurdo, si dice, e in opposizione collo spirito della legge. Perchè la legge vuole che vi sia un inventario? Perchè è il solo modo d'impedire che i mobili della comunione siano dissipati o distratti, in danno degli eredi del coniuge premorto e a detrimento dei creditori. Occorre dunque un inventario. Ma perchè l'inventario sia una garanzia, deve essere fatto immediatamente. Se si può farlo dopo anni ed anni, sarà impossibile constatare in modo certo la consistenza dei mobili della comunione. Quand'anche si supponesse non esservi nè negligenza nè dolo, sarà difficile e il più delle volte impossibile distinguere i mobili della comunione dai mobili proprii del coniuge superstite. Un inventario tardivo non offre più nessuna garanzia. In diritto nulla è più vero. Se ne conchiude che l'inventario dev'esser fatto nel termine ordinario di tre mesi prescritto dalla legge. E entro questo termine che i successibili devono fare inventario, è ancora entro questo termine che la vedova deve fare inventario, se vuol conservare la facoltà di rinunciare alla comunione (art. 1456). Anche le consuetudini avevano, nell'antico diritto, trascurato di prescrivere il termine entro il quale il superstite dovesse fare inventario per impedire la continuazione della comunione. L'uso, dice Pothier, l'ha fissato a tre mesi. Non è naturale il pensare che gli autori del codice si siano riferiti a quest'uso? (2).

---

(1) BERLIER, *Esposizione dei motivi*, n. 15 (LOCRÉ, t. VI, p. 392.
(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 795.

È questa l'opinione più generalmente seguita (1). Tuttavia restano ancora molte incertezze nella dottrina, e la giurisprudenza è divisa. Vi sono autori i quali applicano l'art. 451, a termini del quale il tutore deve procedere all'inventario entro i dieci giorni (2). Questa opinione è inammissibile. Non vi ha nulla di comune fra l'inventario della tutela e quello dell'art. 1442. Proudhon ha un altro sistema il quale pure è rimasto isolato. Non crediano di dovere esporlo e combatterlo, poichè è ripudiato da tutti. Reputiamo che non spetti all'interprete stabilire un termine fatale entro il quale una formalità dev'essere adempiuta sotto pena di decadenza, giacchè si tratta d'una decadenza e di disposizioni penali, come i fautori dell'opinione generale pare abbiano dimenticato (3). La prova per pubblica fama è ammessa a titolo di pena; la perdita dell'usufrutto è una pena ed è una pena anche la responsabilità solidale del protutore. Ora, può esservi una pena senza che sia pronunciata dalla legge? L'art. 1442 commina veramente le pene che abbiamo ricordato alla mancanza d'inventario, ma non dice ch'esse l'incorrano per ciò solo che l'inventario non ha luogo nei tre mesi. Si fa un'aggiunta alla legge e si aggrava la pena fissando un termine oltre il quale essa sarà incorsa. In ogni caso, è una disposizione puramente arbitraria che il solo legislatore può prescrivere. Perchè tre mesi piuttosto che dieci giorni? Nel codice si trovano entrambi i termini. Per qual motivo dottrina e giurisprudenza adottano il termine di tre mesi? Possono esservi in teoria delle buone ragioni, ma queste s'indirizzano al legislatore.

Si dice che questa opinione conduce all'assurdo. Il coniuge superstite sfuggirà alle pene dell'art. 1442 facendo un inventario dopo sei anni, vale a dire un inventario derisorio? Vi ha, sulla nostra questione, un'ottima sentenza della Corte di Bourges la quale risponde all'obbiezione per quanto è possibile rispondervi. Nella specie si trattava della decadenza dell'usufrutto legale che veniva reclamata contro il padre per non avere questi proceduto all'inventario nel termine di tre mesi. L'usufrutto legale, dice la Corte, è uno degli attributi della patria podestà, e la società ha il maggior interesse conservare intatta questa podestà. È certo che la privazione dell'usufrutto ha per risultato di diminuire, in certo modo, l'autorità paterna. Si punisce il padre a vantaggio del figlio. Dal punto di vista morale la pena è gravissima, e non si deve quindi pronunciarla che colla più grande circospezione. Ora, ogni pena suppone una

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 383, nota 2, § 515. Colmet de Santerre, t. VI, p. 228, n. 89 *bis* III.

(2) Toullier, t. VII, 1, p. 20, n. 16. In senso contrario, Odier, t. I, p. 341, n. 364.

(3) Troplong discute lungamente la questione (nn. 1290-1295), e non dice una parola del motivo che solo rende la questione dubbia.

colpa. Il padre è in colpa per ciò solo che non ha fatto l'inventario in un termine che la legge non prescrive? L'autorità giudiziaria penale non esiterebbe a rispondere negativamente. Ora, i principii sono identici. Il giudice civile non può, come non può il giudice penale, infliggere pene che la legge non pronuncia. Che cosa deve farsi nel silenzio del codice sul termine entro il quale l'inventario dev'essere compilato? Il giudice deve constatare che la mancanza d'inventario ha cagionato un danno ai minorenni od alle altre parti interessate. Se vi ha danno, vi ha colpa, e quindi la pena dev'essere pronunciata. Se non vi ha danno, non vi ha colpa, e senza colpa non potrebbe esservi pena. Si dirà che ciò conduce ad un circolo vizioso? Come constatare che vi ha danno? Bisognerebbe accertare la consistenza dei mobili. Ora, il solo mezzo di farlo è l'inventario. La Corte di Bourges risponde che il giudice deciderà secondo le circostanze della causa. Non basterà che il superstite faccia inventario in un tempo qualunque per sfuggire alle penalità dell'art. 1442. Se, nel lungo spazio di tempo trascorso fra la morte e l'inventario, s'è operata una confusione di beni, confusione che il legislatore ha voluto prevenire, i tribunali potranno non avere alcun riguardo all'inventario, poichè questo inventario non risponde al voto della legge e, per conseguenza, dichiareranno il padre decaduto dall'usufrutto legale. Nel caso concreto, il padre aveva fatto compilare un inventario dopo quattro mesi della morte. La sincerità e l'esattezza dell'inventario non erano contestate. Non vi era dunque, in fatto, alcuna colpa, e in diritto non vi era violazione della legge, poichè questa non prescrive alcun termine fatale (1). Si vede come vi siano casi in cui si lamenterebbe l'esistenza di un termine legale. Tuttavia noi preferiremmo che il codice l'avesse stabilito. Avrebbe prevenuto l'arbitrio del giudice, e le buone leggi, dice Bacone, sono quelle che lasciano il meno possibile all'arbitrio di colui che le applica.

180. Si supponga che l'inventario non sia stato redatto nei tre mesi. Le penalità dell'art. 1442 sono incorse. Può il giudice sciogliere da queste pene il coniuge superstite? In teoria è certo che il giudice non ha questo diritto quando un termine è fatale. E se si ammette che l'inventario deve esser fatto nei tre mesi, è difficile non ammettere che il termine sia fatale. Ma la questione di legalità è diversa. Se un tribunale decidesse, come ha fatto la Corte di Bourges, che il padre non ha incorsa alcuna penalità perchè non è in colpa, si potrebbe ricorrere in Cassazione? Noi non vediamo come si potrebbe annullare una decisione per violazione della legge quando la legge non esiste. È

(1) Bourges, 14 febbraio 1859 (DALLOZ, 1860, 2, 52). Nello stesso senso, MOURLON, t. III, p. 80, n. 185.

questo un altro argomento contro l'opinione che abbiamo combattuto, e ci pare decisivo. Se si pretende che vi sia un termine legale entro cui l'inventario dev'esser fatto, la Corte suprema non potrebbe cassare una sentenza la quale decidesse che le penalità non sono incorse, quantunque l'inventario non sia stato fatto nel preteso termine legale (1). La giurisprudenza delle Corti d'appello si pronuncia contro la decadenza assoluta. È stato giudicato che non dev'essere pronunciata la decadenza quando non si può rimproverare colpa alcuna al padre superstite. Nella specie, l'inventario non era stato compilato nel termine di tre mesi, ma il ritardo di qualche giorno era dovuto ad un impedimento del notaio. Del resto la sentenza constata che tutto era seguito colla maggior onestà (2). Le Corti stesse le quali decidono per principio che l'inventario dev'esser fatto nei tre mesi ammettono una riserva. Il giudice, dice la Corte d'Orléans, potrebbe non pronunciare la decadenza dall'usufrutto se il ritardo nella compilazione dell'inventario dovesse attribuirsi a circostanze di forza maggiore (3). Da questo all'ammettere che il coniuge superstite non è decaduto, quando non si trova in colpa, non corre gran tratto.

181. L'art. 1442 pronuncia delle pene per la mancanza d'inventario. La legge non dice che l'inventario deve essere regolare e fedele, ma non aveva bisogno di dirlo, perchè ciò è dell'essenza dell'inventario. D'ordinario il codice lo dichiara. Così l'art. 1456 prescrive alla vedova che vuol conservare la facoltà di rinunciare alla comunione di fare un inventario *fedele ed esatto*, e vuole inoltre ch'essa affermi essere questo inventario sincero e vero. Un inventario inesatto, infedele non è che uno straccio di carta fatto per ingannare le parti interessate, mentre lo scopo della legge è di tutelare i loro interessi. La tradizione è in questo senso. Le consuetudini esigevano un inventario per impedire la continuazione della comunione. Questo inventario, dice Pothier, deve essere fedele e contenere tutti gli effetti della comunione che sono a conoscenza del superstite. Lo scopo che la consuetudine si propone nell'esigere un inventario essendo di constatare la parte che hanno i figli nei beni comuni, è evidente che il superstite non raggiunge questo scopo con un inventario infedele. Pothier si meraviglia giustamente che possa essere stato sostenuto il contrario. Tuttavia, collo spirito d'equità che lo distingue, egli aggiunge una riserva. Se le ommissioni che si riscontrano nell'inventario non sono maliziose, avendo potuto gli effetti ommessi sfuggire alla memoria del superstite, l'inventario non cessa d'essere valido, salvo a fare un supplemento d'inventario. Le leggi, dice Pothier, non ob-

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 292, n. 1006.
(2) Caen, 18 agosto 1842 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1609).
(3) Orléans, 7 marzo 1863 (Dalloz, 1863, 2, 100).

bligano all'impossibile (1). Spetta al giudice apprezzare se l'ommissione è fraudolenta o invece scusabile (2).

N. 2. — Della prova dei mobili non inventariati.

182. A termini dell'art. 1442, la mancanza d'inventario autorizza le parti interessate a dare la prova della consistenza dei beni ed effetti comuni tanto per titoli quanto per pubblica fama. Era inutile dire che la prova può darsi per titoli, poichè questo è il diritto comune. Quando la legge ammette la pubblica fama soggiunge d'ordinario che la prova può farsi per testi (art. 1415). L'art. 1442 non parla della prova testimoniale. Di qui un lieve motivo di dubbio. Si potrebbe dire che coloro che hanno il diritto di pretendere l'inventario, avendo potuto procurarsi una prova per titoli, non sono ammessi alla prova testimoniale (art. 1348). Tuttavia si deve seguire l'opinione contraria. Ammettere la pubblica fama è ammettere implicitamente la prova per testi, perchè la prova per pubblica fama si risolve in un interrogatorio. Soltanto, invece di deporre su ciò che sanno per averlo visto, i testimoni vengono a riferire ciò che hanno inteso dire. Se il giudice può decidere sopra dei semplici *si dice*, a maggior ragione deve credere alle testimonianze di coloro che dicono ciò che hanno visto (3).

183. Chi è ammesso a dar la prova per testi o per pubblica fama? L'art. 1442 risponde: Le parti interessate. L'espressione è generale. Essa comprende gli eredi del coniuge premorto, i terzi creditori della comunione e tutti coloro che hanno interesse a conoscere la consistenza e il valore dei mobili della comunione. Tale è pure lo spirito della legge. Essa vuol dare una garanzia a tutti coloro che hanno un diritto sui beni comuni. Il coniuge superstite che non fa inventario è in colpa a riguardo di tutti, e quindi tutti gli interessati possono invocare la prova per testi e per pubblica fama. E in questo senso che Duveyrier, il relatore del Tribunato, dice: Le parti interessate *senza distinzione* (4).

Tuttavia vi ha una sentenza la quale decide che solo i figli minorenni possono invocare il beneficio dell'art. 1442. La sentenza della Corte di Caen non ha alcuna autorità, perchè non dà alcun motivo. Toullier, la cui opinione è stata seguita dalla Corte, invoca l'antico diritto. Secondo la consuetudine di Parigi, soltanto i minori potevano domandare la continuazione della comunione. Ora, le sanzioni dell'art. 1442 hanno sostituito quella

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 793.
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 385, note 11-13. Rodière e Pont, t. II, p. 291, numero 1004.
(3) Toullier, t. VII, 1, p. 7, n. 4.
(4) Duveyrier, *Relazione*, n. 34 (Locré, t. VI, p. 423).

che la continuazione della comunione aveva per oggetto d'offrire ai figli minorenni del coniuge premorto. Dunque i figli maggiorenni e, a maggior ragione, i terzi non sarebbero ammessi a dar la prova dei beni comuni per pubblica fama (1). Toullier s'inganna, lo dicono tutti. Noi rileviamo l'errore solo perchè serva di lezione ai nostri giovani lettori. Si abusa dell'antico diritto, come si abusa dei lavori preparatorii. È un mezzo così comodo per attribuire al codice tutto il contraro il quello che dice. A quale scopo ricorrere alla tradizione quando il testo del codice non può essere più chiaro? L'art. 1442 contiene due sanzioni. La prima, concernente la prova, è introdotta in favore delle parti interessate in generale. La seconda, la decadenza dell'usufrutto legale, non è stabilita che a favore dei minori. Il testo non lascia alcun dubbio. Lasciamo dunque da parte l'antico diritto. In questa materia specialmente si ha torto d'invocarlo, poichè gli autori del codice si sono allontanati dalla tradizione, e innovando, non dovevano limitarsi a guarentire gl'interessi dei minori, ma dovevano proteggere tutte le parti interessate (2).

184. La prova per pubblica fama è la più pericolosa fra tutte. Essa potrebbe condurre a stridenti ingiustizie se i magistrati fossero vincolati dalle attestazioni dei testimoni. Ma sta il principio, che il giudice non è vincolato da alcuna prova. Se si tratta di titoli, ha il diritto d'interpretarli. Se si tratta di testimonianze, il suo diritto come il suo dovere è di apprezzarle. Le prove hanno per oggetto d'illuminare la sua coscienza. Spetta a lui tenerne quel conto che crede conveniente. Il giudice può dunque aver riguardo non solo agli interrogatori e contro-interrogatorii, ma può consultare i documenti e le circostanze della causa e stabilire conseguentemente l'ammontare della comunione (3). Diciamo che può giudicare secondo le circostanze della causa, vale a dire secondo le presunzioni. Infatti, nei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale, il giudice può ricorrere alle presunzioni. Anche le presunzioni hanno i loro pericoli, ma ne offrono meno dei *si dice*, perchè sono lasciate ai lumi ed alla prudenza del magistrato, mentre i *si dice* e l'opinione pubblica provengono il più delle volte dalla cieca folla di genti ignoranti.

---

(1) TOULLIER, t. VII, 1, p. 8, n. 5. Caen, 4 gennaio 1840 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1593).

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 384, nota 6, § 515, e ODIER, TROPLONG e MARCADÉ.

(3) Rigetto, 26 gennaio 1842 (DALLOZ. v. *Contrat de mariage*, n. 1595). RODIÈRE e PONT, t. II, p. 283, n. 897.

N. 3. — Decadenza dall'usufrutto legale.

185. « Se vi sono figli minorenni, la mancanza d'inventario fa perdere inoltre al coniuge superstite il godimento dei loro redditi » (art. 1442). Questa decadenza colpisce il padre o la madre nell'interesse dei figli minori, ed è quindi speciale, mentre la disposizione del primo alinea, concernente la prova per pubblica fama, è generale. Anche i figli sono ammessi a questa prova contro il genitore superstite. È il diritto comune stabilito in favore di tutte le parti interessate. Inoltre, dice la legge, il coniuge superstite perde l'usufrutto legale. Trascurando di fare inventario, egli cagiona un danno ai suoi figli, sia per negligenza, sia per dolo. La legge lo punisce di questa colpa privandolo del godimento dei beni dei figli. Questa privazione è al tempo stesso un beneficio pei figli, poichè essi godranno dei redditi tolti al loro genitore. Questo beneficio tiene loro luogo dei danni ed interessi. Essi possono, inoltre, reclamare i danni ed interessi contro il genitore superstite, come diremo più avanti. Ma è difficilissimo provare il fondamento di questa domanda, poichè bisogna dimostrare la consistenza e il valore dei beni della comunione. La prova stessa della pubblica fama il più delle volte non basterà. Privando dell'usufrutto legale il coniuge superstite, la legge assicura ai figli una indennità certa, quantunque un po' aleatoria. Questa pena, pronunciata contro il padre a profitto dei figli, può anche essere ingiusta, e lo sarà sovente se pronunciata pel fatto solo di non avere il padre compilato l'inventario nel termine di tre mesi. La critica che si è fatta all'antico diritto può esser rivolta anche al diritto moderno. Punendo i genitori per avere ommesso ciò che la legge ordina loro, si suppone che conoscano la legge. Ma quanti ve ne hanno, anche fra le classi agiate e ricche, che sanno appena leggere e scrivere! Procuri il legislatore di diffondere l'istruzione prima di presumere che gli uomini conoscano le leggi!

186. L'art. 1442 dice: « la mancanza d'inventario ». Esso non dice di quali beni il coniuge superstite deve fare inventario. Quando si tratta della prova per pubblica fama, la decisione non è dubbia. Sono i beni della comunione che il coniuge superstite deve inventariare, e quando non lo fa, le parti interessate possono provarne la consistenza con ogni sorta di prove. Dicasi altrettanto della decadenza dall'usufrutto legale. È la mancanza d'inventario dei beni comuni che la fa incorrere. Ciò è anche razionale. Il coniuge superstite ha il possesso della comunione, di cui gli appartiene la metà, mentre gli eredi del coniuge premorto sono investiti dei suoi beni, ad esclusione del coniuge. Spetta a loro od ai loro rappresentanti il prendere le misure conservative quanto ai beni di cui sono investiti.

Estraneo ai beni ereditarii, il coniuge superstite non può avere per questo titolo obbligo alcuno (1).

187. A termini dell'art. 1442, il coniuge che non ha fatto inventario perde il godimento dei redditi dei suoi figli. In che consiste questo godimento? Si tratta del godimento, accordato dall'art. 384 ai genitori dei beni dei loro figli fino all'età di diciotto anni, diritto che si chiama ordinariamente l'usufrutto legale. Questo usufrutto cade, in generale, su tutti i beni dei figli, ed è pure in questo senso che è concepito l'art. 1442. Il padre è privato del godimento dei redditi dei suoi figli, quindi di tutti i redditi, e così non solo dei beni della comunione che il coniuge superstite avrebbe dovuto inventariare, ma anche degli altri beni che appartengono già ai figli, o che provengono loro alla morte del coniuge predefunto. Il testo, concepito in termini generali, non lascia alcun dubbio (2).

188. La decadenza dall'usufrutto legale ha luogo di pieno diritto o dev'essere pronunciata dal giudice? Si dice ordinariamente che non vi ha pena senza sentenza del giudice. In materia penale la cosa è certa. Ma, in materia civile, le decadenze possono risultare dalle convenzioni e, per conseguenza, anche dalla legge Ne abbiamo veduto un notevole esempio trattando dell'indegnità. È la legge la quale dichiara gli eredi indegni di succedere nei casi da essa determinati (art. 727). Così pure è la legge la quale dice che, se vi sono figli minorenni, la *mancanza d'inventario fa perdere* al coniuge superstite il godimento dei loro redditi. Non occorre dunque un giudicato per pronunciare la decadenza. Essa non deve essere domandata giudizialmente. Il padre è privato dei redditi; i figli vi hanno diritto. Per consegnenza il padre è tenuto a restituirli, se li ha percepiti (3).

Il padre, privato dei redditi dei beni dei figli, non è meno tenuto per questo a sostenere le spese di mantenimento e d'educazione che la legge pone a suo carico (art. 203). Può egli imputare queste spese sui redditi dei figli? La negativa ci pare certa. Le spese di mantenimento e d'educazione dei figli devono essere sostenute dai genitori come tali, quantunque i figli non abbiano beni. Questa è certamente la regola generale. È vero che, se il figlio ha beni proprii, deve provvedere egli stesso a queste spese. Ma l'art. 1442 fa un'eccezione alla regola, nel senso che il padre non può mai approfittare dei redditi dei figli quando ne è stato privato dalla legge. Ora, egli ne approfitterebbe indirettamente se potesse imputare su questi redditi le spese che la legge pone a suo carico (4).

---

(1) Dijon, 17 gennaio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 94).

(2) Toullier, t. VII, 1, p. 10, n. 7 e tutti gli scrittori.

(3) Toullier, t. VII, 1, p. 9, n. 6. Vedi un'applicazione del principio nella sentenza del 9 agosto 1865 (Dalloz, 1866, 1, 33).

(4) Cfr. Poitiers, 8 giugno 1859 (Dalloz, 1859, 2, 215).

N. 4. — Responsabilità del protutore.

189. L'art. 1442 contiene ancora una terza sanzione dell'obbligo che impone al coniuge superstite di fare inventario. Esso dispone che il protutore il quale non ve lo ha obbligato è tenuto in solido con lui a tutte le condanne che possono essere pronunciate a vantaggio dei minori. È una disposizione affatto speciale. In generale, il protutore si limita a sorvegliare la gestione del tutore. Egli non interviene attivamente che quando gli interessi del tutore sono in conflitto con quelli del pupillo (art. 420). Nella specie, non vi ha conflitto. Se la legge fa un dovere al protutore d'intervenire, obbligando il tutore a fare inventario, è per dare ai figli minorenni una garanzia di più contro la negligenza o il dolo del genitore superstite. Per non incorrere nella responsabilità che la legge gli impone, egli veglierà a che il coniuge snperstite faccia inventario. Se questi non lo fa, egli è responsabile. La mancanza d'inventario può cagionare un danno ai figli minorenni. Se il coniuge superstite non presenta i beni della comunione, quali sono stati stabiliti dalla pubblica fama, sarà condannato ai danni ed interessi, e il protutore sarà condannato in solido a pagarli.

È uno dei casi della solidarietà per il debito d'un terzo. Il padre è debitore. Il protutore è dunque responsabile per il padre. Si è preteso che la responsabilità solidale non era soggetta ai principii che reggono la solidarietà. Rimandiamo a ciò che dicemmo su questa questione al titolo delle *Obbligazioni*. A nostro avviso, sono applicabili i principii generali. Si applica anche l'art. 1214, a termini del quale il condebitore solidario è tenuto per tutto il debito a riguardo degli altri debitori quando il debito è contratto solo nel suo interesse o, come dice la legge, quando l'affare non riguarda che lui. Gli altri debitori solidali non sono, in questo caso, considerati che fideiussori. Ora, tale è il caso previsto dall'art. 1442. L'affare non concerne che il coniuge superstite. Questi solo è debitore. Il protutore, debitore solidario a riguardo dei figli minorenni, è fideiussore per rispetto al coniuge. S'egli ha dovuto pagare tutto il debito, avrà regresso contro il coniuge (1).

190. La Corte di Metz ha applicato la responsabilità solidaria al protutore che era stato nominato prima che il tutore entrasse in funzioni. Interposto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. Si diceva, in appoggio al ricorso, che il protutore non poteva essere dichiarato responsabile d'un danno ch'egli era stato nell'impossibilità di prevenire. Si osservava doversi dunque distinguere fra il danno già recato al momento della

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 294, n. 1009. Metz, 24 gennaio 1843 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1619).

nomina del protutore dalla mancanza d'inventario e il danno cagionato in seguito. Questa distinzione, abilissimamente presentata dall'avv. Fabre, non è stata ammessa. La Corte si fonda sul testo, il quale è formale ed assoluto. *Tutte le condanne*, dice l'art. 1442. Invano si dice che il protutore non è in colpa per il danno anteriore alla sua nomina. La legge non considera che una colpa, quella di non aver fatto procedere all'inventario. Nulla impedisce al protutore d'agire dal momento che è nomimato per costringere il coniuge superstite a fare l'inventario. Se non agisce è responsabile, e lo è per tutte le condanne (1), ben inteso per le condanne cagionate dalla mancanza d'inventario. Se il coniuge subisce condanne estranee all'inventario, il protutore non può essere dichiarato responsabile a questo riguardo. Sarebbe estendere una responsabilità affatto eccezionale. Ora, le eccezioni non si estendono (2).

N. 5. — Applicazione analogica dell'art. 1442.

191. Le disposizioni dell'art. 1442 sono applicabili alla comunione convenzionale? Si insegna l'affermativa, e la giurisprudenza è nello stesso senso (3). La decisione è incontestabile. Non così i motivi che se ne danno. Vi ha la stessa ragione di decidere, dice Troplong, perchè tanto la comunione convenzionale quanto la comunione legale lasciano effetti comuni ed una massa sociale di cui è importantissimo constatare le forze. Senza dubbio. Ma a chi spetta imporre obbligazioni e sanzionarle con pene? All'interprete? No, certo. Il legislatore solo ha questo diritto, ed è ancora egli solo che può estendere delle pene per motivi d'analogia. Il giudice non può farlo. Lasciamo da parte le cattive ragioni quando ve ne ha una che è decisiva e che sta scritta nella legge. L'art. 1528 dispone che « la comunione convenzionale resta soggetta alle regole della comunione legale per tutti i casi nei quali non vi sia stato derogato implicitamente dal contratto. « Ne consegue che i due regimi non ne fanno realmente che uno solo. Dunque l'art. 1442 è applicabile alla comunione convenzionale. Per la stessa ragione si deve applicarlo alla società d'acquisti che i coniugi stipulano maritandosi sotto il regime dotale, perchè la società d'acquisti è una clausola della comunione convenzionale, e non perde questo carattere per la circostanza che sia aggiunta al regime dotale (4).

192. Negli altri regimi che escludono la comunione l'art. 1442

(1) Rigetto, 12 aprile 1848 (Dalloz, 1848, 1, 208).
(2) Metz, 24 gennaio 1843 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1619).
(3) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. V, p. 385, nota 14, § 515.
(4) Aubry e Rau, t. V, p. 385 e nota 15, § 515, e gli scrittori che citano.

non è applicabile. Ciò è abbastanza generalmente ammesso in quanto concerne la privazione dell'usufrutto legale. La tradizione, il testo ed i principii concorrono a dimostrare che l'art. 1442 è estraneo al regime dotale, alla separazione dei beni ed al regime d'esclusione della comunione. Sono le nostre antiche consuetudini che hanno imposto, sotto certe pene, al coniuge in comunione di beni l'obbligo di fare inventario. Queste pene sono state modificate dal codice civile, ma esso non le ha applicate, come si faceva sotto l'antico diritto, che al regime di comunione. L'art. 1442 è posto sotto la rubrica dello scioglimento della comunione, e non riguarda quindi che il coniuge in comunione di beni. Quand'anche vi fossero motivi d'analogia per estenderlo ad altri regimi, l'interprete non potrebbe tenerne alcun conto, perchè non gli è permesso estendere disposizioni penali. Ciò varrebbe creare la legge. Si può anche contestare che vi sia analogia (1). Non entriamo in questa disputa perchè noi non dobbiamo fare la legge. La nostra missione si limita ad interpretarla.

Però l'opinione contraria trova qualche partigiano, e noi dobbiamo loro una parola di risposta sopra una questione di principio. Rodiére e Pont dicono che, formando la comunione il diritto comune, ogni disposizione posta al capitolo *Della comunione* e suscettibile di combinarsi cogli altri regimi può essere applicata a questi regimi (2). Noi contestiamo il principio. I varii regimi hanno un'origine diversa ed un diverso carattere. Non si dirà certamente che la comunione è la regola in quanto concerne il regime dotale e che i principii della comunione sono applicabili a questo regime in quanto non vi sia derogato. I due regimi non hanno nulla di comune, e ciascuno deve essere interpretato colle regole che gli sono proprie e colla tradizione alla quale si riannoda. Gli è lo stesso degli altri regimi che escludono la comunione. Il legame che si pretende stabilire tra la comunione e i regimi che la escludono non esiste che tra la comunione legale e la comunione convenzionale. L'art. 1528 da noi trascritto lo fa palese. Ma per ciò stesso che la legge non lo dice che dei due regimi di comunione, non si può estendere questo vincolo a regimi i quali escludono ogni società di beni.

193. L'art. 1442 contiene un'altra sanzione pure penale, permettendo alle parti interessate di dimostrare la consistenza della comunione colla prova della pubblica fama. Si può estendere questa disposizione a tutti i casi in cui il coniuge superstite ha l'obbligo di fare inventario della successione del coniuge

---

(1) Vedi due sentenze benissimo motivate di Tolosa, 19 dicembre 1839 e 1.° aprile 1843 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1621). È il parere della maggior parte degli scrittori (AUBRY e RAU, t. V, p. 385 e nota 16).

(2) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 235, n. 999. TOULLIER, t. VII, 1, p. 11, n. 10.

premorto? Noi crediamo che la questione debba essere decisa negativamente per i motivi che abbiamo testè addotti. Si tratta d'una prova affatto eccezionale che la legge stabilisce soltanto nei casi in cui vuol punire il coniuge per non aver redatto l'inventario ch'essa gli prescrive di fare. Spetta unicamente al legislatore vedere quando gli convenga pronunciare una pena. A rischio di cadere nell'arbitrio dell'antico diritto, bisogna mantenere strettamente il principio. Nessuna pena senza legge penale; nessuna eccezione senza un testo che la stabilisca.

Così ha giudicato la Corte di Caen. Essa decise non potersi far luogo alla prova per pubblica fama che nei tre casi previsti dagli articoli 1415, 1442 e 1504, pel motivo che questo genere di prove esorbita dal diritto comune. La stessa prova testimoniale non può essere ammessa che nei casi e sotto le condizioni determinate dal codice; e si vuole che una prova ben più pericolosa diventi il diritto comune? Perchè a questo si arriva quando si ammetta l'applicazione analogica della legge. Prodotto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. Ma la Corte di cassazione non accoglie l'interpretazione restrittiva consacrata dalla Corte di Caen. Il consigliere relatore la respinge formalmente. In un'altra sentenza la Corte suprema si è pronunciata per l'interpretazione analogica (1). Gli scrittori sono egualmente divisi (2).

§ II. — *Il divorzio e la separazione personale.*

194. La comunione cessa col divorzio (art. 1441), perchè il divorzio scioglie il matrimonio (art. 227), e non può più esservi società coniugale quando non vi sono più coniugi. A termini dell'art. 227, il matrimonio si scioglie col divorzio legalmente pronunciato. È l'ufficiale dello stato civile che pronuncia il divorzio, in forza della sentenza che lo autorizza, quando ha luogo per un determinata causa (art. 264) o del decreto che lo ammette, quando ha luogo per mutuo consenso (art. 294). La comunione è sciolta dal momento che il pubblico ufficiale ha pronunciato il divorzio. Non occorrono altre formalità. Quando la comunione è sciolta per la separazione dei beni, la legge moltiplica le formalità allo scopo di dare pubblicità alla sentenza che pronuncia la separazione. Il legislatore ha creduto senza dubbio che queste formalità fossero inutili quando si tratta di divorzio. La procedura del divorzio è, a dire il vero,

---

(1) Caen, 23 giugno 1841, e Rigetto, 19 dicembre 1842 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 941). Cassazione, 17 gennaio 1838 (DALLOZ, v. *Enquête*, n. 107). Vi ha una sentenza della Corte di Liegi, 12 gennaio 1844, nel senso della nostra opinione (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1598; *Pasicrisie*, 1844, 2, 115).

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 386, § 515. TROPLONG, t. I, p. 263, n. 821. In senso contrario, MARCADÉ, t. V, p. 580, n. III dell'art. 1442 e gli scrittori che cita.

molto clamorosa, ed il divorzio vien pronunciato pubblicamente dall'ufficiale dello stato civile. Tuttavia, nell'interesse dei terzi che contrattano coi coniugi, sarebbe stato utile rendere pubblico lo scioglimento del matrimonio. Accadde che un marito divorziato avesse venduto i beni della comunione. La vendita fu dichiarata nulla, malgrado i reclami del compratore il quale allegava l'ignoranza del pronunziato divorzio e la sua buona fede. La Corte di Parigi dice benissimo che i terzi i quali contrattano con una persona devono assicurarsi del suo stato e della sua qualità, e che la buona fede dell'acquirente non potrebbe dare a colui che vende il diritto di trasmettere la proprietà d'una cosa che non gli appartiene (1).

195. Non bisogna confondere il divorzio coll'annullamento del matrimonio. Pothier dice che la sentenza la quale dichiara un matrimonio nullo non è tanto uno scioglimento della comunione fra coniugi quanto una dichiarazione che non vi fu mai vera comunione coniugale. E la conseguenza dei principii che reggono la nullità degli atti. Quando un atto è nullo, si ritiene che non sia mai esistito. Dunque, se il matrimonio viene annullato, non vi fu matrimonio, e senza matrimonio non vi ha comunione fra i coniugi. Tuttavia, dice Pothier, esiste, in questo caso, fra le parti, una società di fatto. Per conseguenza, esse ritirano ciascuna ciò che vi hanno conferito e dividono i profitti (2). È noto che questi principii subiscono eccezione in caso di matrimonio putativo. Rimandiamo a ciò che si è detto al titolo del *Matrimonio.*

196. « La separazione personale importerà sempre la separazione dei beni » (art. 311). Noi abbiamo esposto il principio al titolo del *Divorzio* (v. III, n. 351). Quanto alle difficoltà che sorgono nell'applicazione, le vedremo trattando della separazione dei beni. La separazione dei beni può essere domandata direttamente e scioglie la comunione come quando i coniugi sono separati di corpo (art. 1441). Ma vi ha questa differenza, che la separazione di corpo e, per conseguenza, la separazione dei beni che ne risulta può essere domandata da ciascuno dei coniugi, mentre la moglie sola può chiedere direttamente la separazione dei beni. Ne diremo la ragione trattando della separazione dei beni.

§ III. — *Della separazione dei beni.*

197. La separazione dei beni non può risultare che da sentenza. Ogni separazione volontaria è nulla (art. 1443). Questo principio si applica alla separazione personale. I coniugi con-

(1) Parigi, 22 marzo 1810 (DALLOZ, *Contrat de mariage,* n. 1562).
(2) POTHIER, *Della comunione,* n. 508.

vengono talvolta di vivere separatamente, anche senza una pronunzia dell'autorità giudiziaria che li separi nè di corpo nè di beni. Queste convenzioni sono nulle. Non dipende dalla volontà dei coniugi il sottrarsi agli obblighi che hanno contratto maritandosi. Ora, la vita comune è la prima di queste obbligazioni. La moglie deve abitare col marito e il marito è obbligato a tenerla presso di sè (art. 214). Questo dovere non cessa che colla sentenza la quale dichiara i coniugi separati di corpo. La convenzione volontaria della separazione personale è dunque radicalmente nulla siccome contraria all'ordine pubblico. È una di quelle convenzioni che la dottrina considera come inesistenti, perchè non hanno nè un oggetto legittimo nè una causa lecita (articoli 1131 e 1133), e, per conseguenza, non possono produrre alcun effetto. Invano i coniugi stipulerebbero una pena per assicurarne l'esecuzione. La nullità dell'obbligazione principale trarrebbe seco quella della clausola penale (art. 1227).

La giurisprudenza è in questo senso. Fu giudicato che la convenzione dei coniugi di vivere separatamente non è obbligatoria. Per conseguenza il coniuge che, in forza di questa convenzione, ha rinunciato a proseguire una causa di separazione personale, non è vincolato dalla sua rinuncia, anche quando avesse eseguito la convenzione (1). Ogni convenzione o rinuncia simile è nulla, dice la Corte di Bordeaux, e non potrebbe produrre alcun effetto (2). Le separazioni volontarie sono ordinariamente accompagnate da convenzioni pecuniarie Uno dei coniugi si obbliga a pagare una pensione all'altro. Va da sè che, la convenzione principale essendo inesistente, le convenzioni accessorie non potrebbero sortire alcun effetto (3). Nel caso giudicato dalla Corte di Grenoble la moglie s'era obbligata a pagare al marito una pensione di quattromila lire. Sia l'obbligo assunto dalla moglie o dal marito, poco importa. Esso è sempre colpito di nullità. I due coniugi si devono senza dubbio soccorso e assistenza. Il marito deve somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario per i bisogni della vita, e la moglie è obbligata a contribuire ai pesi della famiglia secondo le convenzioni matrimoniali. Ma queste reciproche obbligazioni suppongono una vita comune. Fuori della vita comune, tutto è illegale e colpito di nullità assoluta.

198. Queste condizioni sono nulle quand'anche non concernano che gli interessi pecuniarii dei coniugi e la vita comune sussista. L'art. 1443 dichiara nulla ogni separazione volontaria di beni. La ragione sta in ciò che le convenzioni matrimoniali sono irrevocabili e non possono essere menomamente cambiate.

---

(1) Caen, 11 aprile 1818 (DALLOZ, v. *Séparation de corps*, n. 14).
(2) Bordeaux, 27 febbraio 1853 (DALLOZ, 1854, 2, 9).
(3) Grenoble, 11 marzo 1851 (DALLOZ, 1852, 2, 63).

dopo la celebrazione del matrimonio (articoli 1394 e 1395). Ora, la separazione volontaria sarebbe un nuovo regime che prenderebbe il posto della comunione legale. Questo scioglimento della comunione, seguito da un nuovo regime, non può farsi che per sentenza. Ne diremo le ragioni più avanti. Consentito dai coniugi, esso è radicalmente nullo. Poco importa, dice Pothier, che la moglie abbia giusti motivi di domandare la separazione dei beni. Fa d'uopo ch'essa la domandi giudizialmente. Pothier dice che la separazione volontaria potrebbe avere per oggetto vantaggi indiretti fra i coniugi, e, nell'antico diritto, simili liberalità erano vietate (1). Vi hanno altre ragioni le quali si oppongono ad ogni modificazione delle convenzioni matrimoniali, e, innanzi tutto, l'interesse dei terzi. Si dirà che l'interesse dei terzi non impedisce alla moglie d'ottenere la separazione dei beni in via giudiziale. No, ma almeno i creditori potranno intervenire nella causa per vegliare a che la separazione dei beni non si faccia in frode dei loro diritti, e la legge prescrive formalità e condizioni che tendono allo stesso scopo. I terzi non avrebbero queste garanzie in una separazione volontaria. Era questo un motivo determinante per vietarla.

I coniugi hanno tentato di sfuggire al divieto dell'art. 1442 qualificando le loro convenzioni di transazione. Nel corso d'una causa per la separazione dei beni le parti transigono. Il marito conferisce alla moglie l'autorizzazione generale d'amministrare e d'alienare non solo i suoi beni proprii, ma anche i beni di comunione, e stipula in compenso una rendita vitalizia. Ci voleva una singolare ignoranza per consentire convenzioni tutte radicalmente nulle in forza di formali disposizioni del codice (2). Le clausole penali aggiunte ad una convenzione nulla sono egualmente colpite di nullità dal testo della legge (art. 1227), e, nella specie, la convenzione ancora più che nulla, era inesistente (3). Tuttavia è avvenuto che le parti eseguissero la convenzione procedendo ad una liquidazione ed alla divisione della comunione. Il marito ha consegnato alla moglie le sue riprese. Di qui le difficoltà quando una delle parti interessate domanda la nullità delle convenzioni e di tutti gli atti d'esecuzione. Dovrà la moglie restituire tutto ciò che ha ricevuto? Si insegna che il marito non è liberato dai pagamenti che fa; che, malgrado questi pagamenti, la moglie ha il diritto di domandare le sue riprese, colla sola condizione di tener conto dei valori che esistessero ancora nelle sue mani o che fossero tornati a suo profitto (4). Quest'ultimo punto ci pare più che

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 514.
(2) Riom, 9 giugno 1817 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1698).
(3) Caen, 14 novembre 1825 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1713).
(4) Aubry e Rau, t. V, p. 386 e nota 18, § 515, e le autorità che citano.

dubbio. Che la moglie possa esercitare tutti i suoi diritti, come se non vi fosse stata alcuna convenzione è certo, poichè la convenzione non ha alcuna esistenza legale e non può produrre alcun effetto. Ma, alla sua volta, la moglie deve restituire quello che ha ricevuto, perchè lo ha ricevuto senza causa, e lo riterrebbe senza causa. Dichiarandola obbligata solo fino a concorrenza di quanto è tornato a suo profitto, la si equipara al minore, e si suppone l'esistenza di un debito. L'articolo 1241 dice che il pagamento fatto al creditore è nullo se questi era incapace a riceverlo, a meno che il debitore non provi che la cosa pagata ridondò a profitto del creditore. Questa disposizione è inapplicabile nella specie, perchè non vi ha creditore nè debitore. Vi è una convenzione illecita. L'articolo 1131 dice che questa convenzione non può produrre alcun effetto. Dunque le parti devono essere poste nello stesso punto in cui si trovavano prima di aver contrattato. Ciò decide la questione. Si obbietterà che, trattandosi di un pagamento indebito, bisogna applicare alla moglie il principio secondo il quale chi riceve in buona fede una cosa che non gli è dovuta non è tenuto a restituirla che sino alla concorrenza di ciò che è stato rivolto in suo profitto. Rispondiamo che la moglie non può invocare questo principio. Essa è parte in una convenzione illecità, e quindi è in colpa quanto il marito. È il caso degli articoli 1131 e 1133, e non il caso del quasi-contratto di pagamento dell'indebito previsto dall'art. 1376 (1).

Articolo 2. — Della separazione giudiziale (2).

§ 1. — *Chi può domandare la separazione?*

N. 1. — Della moglie.

199. La moglie può domandare la separazione dei beni; il marito non può farlo (art. 1443). Pothier dice che la ragione sta in ciò che il solo marito ha a sua libera disposizione tutti i beni della comunione (3). È, infatti, il potere assoluto del marito che giustifica il diritto, o il privilegio che la legge accorda alla moglie. Essa è esclusa dall'amministrazione. Quand'anche il marito dissipasse la comunione in folli spese o in cattive speculazioni, essa non ha diritto di opporvisi. Eppure essa è associata, essa porta la sua dote, il suo lavoro, la sua economia nella gestione degli interessi comuni; tutto il suo patrimonio può essere e sarà sovente impegnato nella società coniugale.

---

(1) È presso a poco l'opinione di Troplong, salvo che affoga il suo pensiero in un diluvio di parole (t. I, p. 393, n. 1349).

(2) Dutruc, *Trattato della separazione giudiziaria dei beni*, Parigi, 1853, vol. I in 8.°

(3) Pothier, *Della comunione*, n. 513.

Se il marito dissipa i beni, la moglie perderà tutto quanto, per suo conto, sarà entrato nella comunione, in beni, in cure, in risparmi, e si vedrà ridotta alla miseria coi figli. La legge doveva alla moglie un compenso. Quando è provato che la comunione, organizzata nell'interesse di entrambi i coniugi, minaccia di divenire disastrosa per la moglie, questa deve avere il diritto di domandarne lo scioglimento.

Il motivo che giustifica il diritto della moglie prova nel tempo stesso che il marito non può averlo. È una garanzia contro il potere assoluto di cui egli gode. Chi esercita questo potere assoluto non può domandare che finisca, perchè tornerebbe a suo danno. Egli deve subire le cattive conseguenze che risultano dall'autorità assoluta come ne gode i beneficii. Però il marito può indirettamente ottenere la separazione dei beni domandando la separazione personale. Ma questo è un tutt'altro ordine di idee. La comunione può essere florida quando uno dei coniugi, od entrambi, domandano la separazione personale che scioglierà la loro società. Gli è pel motivo che le obbligazioni sorte dal matrimonio sono state violate che la legge permette ai coniugi di metter fine alla vita comune. Le cause che danno luogo alla separazione personale non hanno nulla di comune coi motivi pei quali la moglie può ottenere la separazione dei beni.

200. La moglie domanda la separazione dei beni. Essa viene a morire mentre pende la causa. I suoi eredi potranno continuarla? In generale, ogni istanza può essere riassunta dagli eredi. Sta il principio che i diritti, personali di loro natura, cessano di esserlo dal momento che sono portati davanti l'autorità giudiziaria. Questo principio risolve la nostra questione. Alla separazione dei beni vanno congiunti diritti pecuniarii: la domanda è proposta per un interesse pecuniario. Questo interesse riguarda non solo la moglie, ma anche i suoi eredi, e, innanzi tutto, i suoi figli. Bisogna dunque che gli eredi abbiano diritto di proseguire la domanda proposta dalla moglie. Che cosa importa che il diritto della moglie sia una specie di privilegio? Resta sempre vero che la moglie deve ottenere colla sua domanda ciò che avrebbe conseguito se il giudice avesse potuto pronunciare immediatamente la sua decisione. Essa avrebbe raccolto allora i vantaggi della domanda di separazione, e li avrebbe trasmessi ai suoi eredi. Sono questi i motivi pei quali un diritto personale diviene un diritto patrimoniale quando è reclamato nelle vie giudiziarie. Perchè farebbe eccezione il diritto della moglie? Essa ha domandato lo scioglimento d'una comunione passiva, perchè si aspettava una successione e voleva salvare questo avanzo del suo patrimonio per sè e pei suoi figli. Essa muore durante la causa. È questa una ragione perchè i beni della successione entrino in comunione e siano assorbiti dai creditori? La moglie e i suoi figli avrebbero raccolti i beni se la causa avesse potuto terminarsi immedia-

tamente. Le lentezze necessarie della giustizia non devono nuocere alle parti interessate. Ciò decide la questione tanto razionalmente quanto giuridicamente.

Si obbietta che l'azione di divorzio e quella per la separazione personale cadono, secondo l'opinione da noi insegnata, quando il coniuge attore viene a morire. I suoi eredi non possono proseguire la causa, quantunque vi abbiano un interesse pecuniario. La risposta è facile. Gli interessi pecuniarii non costituiscono che un accessorio nella domanda di divorzio e di separazione personale. Sono una conseguenza dell'azione, non l'oggetto che le parti hanno di mira. Ora, l'azione principale è estinta colla morte. Gli eredi non possono continuarla. Per conseguenza essi non possono proseguire l'azione in quanto concerne gli interessi pecuniarii (v. III, n. 217 e 353). Ma quando la moglie domanda la separazione dei beni e viene a morire prima della sentenza, non si può dire agli eredi: A quale scopo domandare lo scioglimento della comunione quando è sciolta? Gli eredi risponderebbero che la domanda della moglie aveva per oggetto non solo di ottenere lo scioglimento della comunione, ma eziandio di approfittare di tutti i diritti che sono inerenti alla separazione. Noi abbiamo citato il caso in cui si apra una successione a suo profitto. L'interesse della domanda sussiste, quantunque la morte abbia sciolto la comunione. Così pure, se il marito ha fatto degli atti d'amministrazione o di disposizione i quali ledano gli interessi della moglie e attentino ai suoi diritti, gli eredi hanno un interesse pecuniario a proseguire l'azione. È per tutelare questo interesse che devono essere ammessi a riassumere la causa.

È questa l'opinione della maggior parte degli scrittori (1). La giurisprudenza si è pronunciata per l'opinione contraria (2). Essa non ha alcuna autorità in questa materia, perchè le Corti non danno alcun motivo in appoggio alla loro decisione, e le sentenze non motivate non sono che semplici affermazioni.

N. 2. — Dei creditori.

201. A termini dell'art. 1446, « i creditori personali della moglie non possono, senza il suo consenso, domandare la separazione dei beni ». È una deroga ai principii generali anzichè un'applicazione di questi principii. L'art. 1166 stabilisce come regola che i creditori possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusi-

---

(1) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. V, p. 388, nota 2, § 516. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 245, n. 95 *bis* I.

(2) Douai, 23 marzo 1831 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1669). Bastia, 7 luglio 1869 (DALLOZ, 1872, 1, 260).

vamente inerenti alla persona del debitore. La difficoltà sta nel sapere se il diritto di domandare la separazione dei beni sia esclusivamente inerente alla persona della moglie. Se si ammette la definizione che abbiamo dato dei diritti personali dal punto di vista dell'art. 1166, bisogna dire che questo diritto non è esclusivamente inerente alla persona della moglie debitrice. Infatti, è un diritto essenzialmente pecuniario, poichè ha per oggetto di tutelare gli interessi pecuniarii della moglie. Vi ha, è vero, un elemento morale in causa, ma non è certamente l'elemento dominante. Si dice che la separazione dei beni, separando gl'interessi pecuniarii dei coniugi, minaccia di rilassare il vincolo delle anime. Questo è verissimo, ma siccome in diritto il matrimonio sussiste con tutte le sue conseguenze, il legislatore non ha tenuto conto di questa considerazione, e l'interprete, a nostro avviso, non avrebbe potuto tenerne conto per ricusare ai creditori il diritto d'agire. Si dice che è precisamente in forza delle conseguenze della separazione dei beni che la legge non dà ai creditori il diritto di domandarla. La moglie può non chiedere la separazione trascurando i suoi interessi pecuniarii per conservare l'unione e l'armonia nella famiglia, mentre i creditori, per il più meschino interesse pecuniario, non avrebbero mancato d'agire. Rispondiamo, che, se i creditori sono realmente interessati alla separazione, si dovrebbe dar loro il diritto di domandarla. Nulla è più rispettabile del sacrificio della moglie, finchè non sacrifica che i suoi interessi, ma essa non ha diritto di sacrificare gl'interessi dei suoi creditori (1).

202. I creditori non possono domandare la separazione dei beni col consenso della moglie. In questo caso, sono essi che agiscono, essi soli figurano nella causa, ma vi rappresentano la moglie, e, per conseguenza, il giudicato avrà l'effetto di sciogliere la comunione. I creditori hanno anche un altro diritto. « In caso di fallimento o d'insolvenza del marito, essi possono esercitare i diritti della loro debitrice fino a concorrenza dell'ammontare dei loro crediti » (art. 1446). Questo diritto corregge quanto la legge ha d'iniquo. I creditori non possono domandare la separazione in nome della moglie finchè il marito è solvibile. In questo caso, il diritto morale della moglie prevale all'interesse dei creditori. Ma quando il marito diviene insolvibile, la moglie non può più, colla sua inazione, compromettere gl'interessi dei suoi creditori. Quando il marito è insolvibile? Se è commerciante, occorre una sentenza che lo dichiari fallito. Se non è commerciante, i creditori devono provare che è insolvente. Questa prova dà luogo a numerose difficoltà nel caso in cui la legge dichiari decaduto dal beneficio del termine il de-

(1) Vedi, in senso diverso, MOURLON, t. III, p. 81, n. 187. DURANTON, t. XIV, p. 555, n. 418. MARCADÉ, t. V, p. 583, n. 1 dell'art. 1446.

bitore che è divenuto non solvente (art. 1188). Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVII, n. 194 e seg.). È stato giudicato che i creditori non possono agire, in virtù dell'art. 1446, che quando il marito è escusso dai suoi creditori personali e i beni escussi non bastano a pagare i suoi debiti (1).

203. È più difficile determinare quali sono i diritti dei creditori nel caso in cui il marito è insolvibile. L'art. 1446 dice ch'essi possono esercitare i diritti della loro debitrice. Ora, questa non agisce, non domanda la separazione. Devesi indurre dall'art. 1446 che la separazione dei beni ha luogo di pieno diritto quando il marito è fallito o insolvente? L'art. 1446 non dice questo, e l'art. 1443 dispone tutto il contrario, perchè esige una sentenza, e quindi un'azione. Così pure non si può indurre dalla legge che i creditori della moglie abbiano il diritto di domandare la separazione quando il marito è insolvibile, perchè si farebbe dire al secondo alinea dell'art. 1446 il contrario di quello che dice il primo. Se non vi ha nè scioglimento di pieno diritto, nè separazione pronunciata giudizialmente, come possono i creditori esercitare i diritti della moglie? Questa non ha diritti se non quando la comunione è sciolta; non ne ha alcuno finchè dura la comunione. La legge suppone però che la moglie abbia dei diritti, poichè permette ai suoi creditori di esercitarli. Siccome la comunione in realtà non è sciolta, non rimane che ammettere ch'essa è sciolta fittiziamente nell'interesse dei creditori e a loro riguardo, benchè sussista fra i coniugi. Non è il solo caso in cui la legge ricorre a finzioni per proteggere i creditori. Quando il debitore rinuncia ad una successione in danno dei suoi creditori, la legge permette loro di domandare la nullità della rinuncia e di esercitare i diritti del debitore su questa successione. In realtà il debitore non ha più alcun diritto, poichè vi ha rinunciato, e la rinuncia sussiste. È dunque per finzione che i creditori possono esercitare un diritto che il loro debitore si ritiene non aver mai avuto.

Vi è una finzione anche nell'esercizio dell'azione pauliana. I creditori impugnano l'atto che il debitore ha fatto in frode dei loro diritti. In seguito all'annullamento dell'atto, il bene uscito dal patrimonio del debitore vi rientra, ma non vi rientra che fittiziamente, poichè fra il debitore e il terzo che ha contrattato con lui l'atto sussiste. La finzione è ancora una volta stabilita nell'interesse dei creditori. Anche nel caso dell'art. 1446 era necessaria una finzione perchè i creditori potessero esercitare i diritti della moglie, loro debitrice. Il marito è fallito o insolvente. La moglie non domanda la separazione, e i credi-

(1) Aix, 23 febbraio 1818, e Rigetto, 21 marzo 1822 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1687).

tori non hanno diritto di chiederla senza il di lei consenso. Ora, finchè la separazione non esiste, la moglie non ha alcun diritto e, per conseguenza, i creditori non possono agire in suo nome. Perchè possano agire, la legge crea una finzione. Essa suppone che la comunione sia sciolta. Per conseguenza la moglie ha dei diritti, e i creditori possono esercitarli in suo nome (1)

204. Quali sono i diritti che i creditori possono esercitare? Bisogna vedere quali sono i diritti della moglie in caso di separazione di beni. Essa ha il diritto d'accettare o di rinunciare alla comunione. Hanno anche i creditori il diritto d'opzione? L'art. 1446 dice in termini generali che i creditori esercitano i diritti della loro debitrice, dunque tutti i diritti e, per conseguenza, l'opzione. Bisogna, d'altronde, riconoscere ai creditori il diritto d'opzione, altrimenti non avrebbero alcun diritto. Infatti, egli è perchè la moglie ha il diritto d'opzione che può rinunciare, ed è necessario che anche i creditori possano rinunciare, perchè essi non hanno alcun interesse ad accettare, assoggettandoli l'accettazione, sia pure solo fino a concorrenza della parte della moglie, a sopportare i debiti del marito insolvibile. La legge vuol dunque dire che i creditori possono rinunciare alla comunione, come avrebbe diritto ed interesse di fare la moglie. È in questo senso che va intesa la dottrina degli scrittori i quali insegnano che i creditori possono esercitare i diritti della moglie, astrazion fatta dalla sua qualità di moglie in comunione di beni, vale a dire i diritti che spettano alla moglie quando essa rinuncia alla comunione (2). La formula non ci pare esatta. Essa restringe l'espressione generale dell'art. 1446, e pare che dica che la legge considera la moglie come rinunciante. Sarebbe una nuova finzione, ed una finzione che la legge ignora. Ora, non si devono ammettere finzioni inutili. Basta quella che la legge necessariamente implica. La comunione è fittiziamente sciolta. All'infuori di questo, si rientra nella realtà delle cose. La moglie ha dei diritti i quali sono esercitati dai creditori. Essi possono accettare o rinunciare alla comunione. Vi rinunceranno se non hanno alcun interesse ad accettarla e, in questo caso, eserciteranno i diritti che eserciterebbe la moglie stessa in caso di rinuncia.

205. Quali sono i diritti della moglie rinunciante? Essa riprende i suoi beni proprii se esistono in natura, e, se sono stati alienati, i beni acquistati per reimpiegare il prezzo dell'alienazione, ovvero il prezzo se non è stato fatto il reimpiego. Essa riprende anche le indennità che possono esserle dovute dalla comunione (art. 1496). La ripresa dei beni proprii solleva

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 246, n. 95 *bis* II e III.

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 389, e nota 3, § 516. Cfr. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 247, n. 95 *bis* IV.

una difficoltà. Si domanda se i creditori possono riprendere la piena proprietà dei beni che appartengono alla moglie. L'affermativa non ci pare dubbia. È una conseguenza necessaria del principio stabilito dall'art. 1446. I creditori esercitano i diritti della loro debitrice, vale a dire i diritti ch'essa avrebbe se rinunciasse. Ora, quando la comunione è sciolta, la moglie riprende i suoi immobili in piena proprietà. Dunque i creditori hanno lo stesso diritto (1). La questione è però controversa. I motivi che si adducono in appoggio dell'opinione contraria sono estremamente deboli. Gli uni dicono che la legge ha solamente voluto impedire che vada perduto il capitale della dote nell'insolvenza del marito a danno dei creditori. Si limitano così in modo affatto arbitrario i diritti dei creditori. Ove la legge non distingue, nemmeno l'interprete deve distinguere, a meno che non vi sia obbligato dai principii. Ora si cercherebbe invano un principio il quale imponga la distinzione fra il capitale e i frutti o interessi quando si tratta del diritto dei creditori. Non hanno essi per garanzia il patrimonio del loro debitore? E non comprende questo patrimonio la piena proprietà dei beni? Duranton invoca l'art. 1413, a termini del quale i creditori d'una successione immobiliare accettata dalla moglie coll'autorizzazione giudiziaria non hanno azione che sulla nuda proprietà dei beni della moglie. Noi confessiamo di non comprendere che cosa vi sia di comune fra il caso dell'art. 1413 e il diritto dell'art. 1446. Si mescolano e si confondono così ordini di idee affatto distinti (2).

206. Su quali beni eserciteranno i creditori i loro diritti? Essi agiscono in nome della moglie, e quindi hanno i diritti che avrebbe la moglie se domandasse la separazione e rinunciasse alla comunione. Ora, la moglie rinunciante esercita le sue riprese e azioni tanto sui beni della comunione quanto sui beni personali del marito (art. 1495). I creditori hanno gli stessi diritti (3). Al titolo delle *Ipoteche* vedremo come l'ipoteca legale della moglie si estenda ai beni della comunione. L'ipoteca su questi beni si cancella naturalmente quando gli immobili cadono nella quota della moglie accettante, ma quando essa rinuncia l'ipoteca sussiste integralmente. Ora, i creditori esercitano i diritti della moglie rinunciante, e quindi approfittano della sua ipoteca legale sui beni della comunione, purchè sia stata inscritta e conservata conformemente alla nostra legge ipotecaria (4)

207. La comunione, fittiziamente sciolta a riguardo dei cre-

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 389 e nota 6, § 516. Marcadé, t. V, p. 589, n. 11 dell'art. 1447.

(2) Rodière e Pont, t. III, p. 610, n. 2114. Duranton, t. XIV, p. 557, n. 420.

(3) Duranton, t. XIV, p. 556, n. 419.

(4 Rigetto, sezione civile, 4 febbraio 1856 (Dalloz, 1856, 1, 61).

ditori, sussiste fra i coniugi. Quando essa verrà a sciogliersi, la moglie potrà esercitare il suo diritto d'opzione. Se rinuncia, tutto ciò che sarà stato fatto a richiesta dei creditori sarà mantenuto, poichè, in questa ipotesi, i creditori avranno, in realtà, esercitato i diritti della moglie. Ma può darsi che gli affari del marito si siano ristabiliti e che la moglie accetti. Bisognerà vedere se i creditori hanno esercitato in suo nome diritti che la moglie non ha in caso d'accettazione. Supponiamo che la moglie abbia stipulato la ripresa di quanto ha conferito nella comunione in caso di rinuncia (art. 1514). I creditori avranno ripreso i beni mobili conferiti dalla moglie, mentre questa non ha diritto di riprenderli quando accetta la comunione. È impossibile considerare la moglie ad un tempo e come rinunciante e come accettante. Essa dovrà dunque riconferire alla comunione quanto i creditori avranno ripreso (1).

Su questo punto non vi ha alcun dubbio. Ma che dovrà dirsi quanto ai redditi dei valori che i creditori riprendono in nome della moglie rinunciante? La rinuncia della moglie era una finzione; di fatto la comunione non è mai stata sciolta fra i coniugi. Ora, la comunione ha diritto ai redditi dei beni della moglie. Essa è stata privata di questi redditi dall'esercizio anticipato dei diritti che la moglie di regola non può esercitare che allo scioglimento della comunione. Siccome i creditori hanno agito in nome della moglie, ne risulta che è la moglie la quale ha privato la comunione dei redditi ai quali questa ha diritto. Per conseguenza, al momento della liquidazione, essa dovrà dar conto di questi redditi alla massa. Alla sua volta, la comunione terrà conto degli interessi dei debiti della moglie che avrebbe dovuto sopportare e che non sopporta, poichè i creditori sono stati pagati (2).

§ II. — *Delle cause per le quali la moglie può domandare la separazione dei beni.*

N. 1. — Il testo.

208. « La separazione dei beni non può essere domandata che giudizialmente dalla moglie la cui dote è messa in pericolo e quando il disordine degli affari del marito lascia temere che i suoi beni non siano sufficienti a soddisfare i diritti e riprese della moglie » (art. 1443). Vi sono poche disposizioni nel codice le quali abbiano, come questa, dato luogo a tante decisioni giudiziarie. Questo prova ch'essa non è molto chiara. Si domanda se l'art. 1443 preveda due cause diverse per le quali la moglie

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 248, n. 95 *bis* V.
(2) Marcadé, t. V, p. 589, n. 1 dell'art. 1447. In senso contrario, Colmet de Santerre, t. VI, p. 248, n. 95 *bis* VI.

può domandare la separazione, o se le cause enumerate dalla legge non ne fanno realmente che una sola. Si chiede pure se queste due cause sono le sole per cui possa ottenersi la separazione. La legge è restrittiva. Dottrina e giurisprudenza si sono attenute allo spirito della legge anzichè ad un testo mal redatto, ed hanno permesso alla moglie di domandare la separazione in tutti i casi in cui il suo interesse lo esiga. Ma non si eccede così il testo della legge? E l'interprete ha questo diritto? Bisogna, innanzi tutto, spiegare il testo, perchè l'interpretazione dei termini della legge è controversa.

209. La moglie può domandare la separazione quando la sua *dote* è messa in pericolo. Che cosa si intende per *dote* nell'articolo 1443? Questa parola ha un valore tecnico definito dall'articolo 1540: « La dote consiste nei beni che la moglie apporta al marito per sostenere i pesi del matrimonio ». L'art. 1540 dice espressamente che questa definizione si applica al capo II, vale a dire al regime della comunione. Vi ha dunque dote sotto questo regime. Quali beni sono dotali? I mobili presenti e futuri della moglie entrano nella comunione. La moglie non li riprende, veramente, come sotto il regime dotale, però sono un bene ch'essa apporta al marito per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio. Dunque costituiscono una dote e, per conseguenza, questa dote cade sotto l'applicazione dell'art. 1443. Se è messa in pericolo, la moglie può domandare la separazione dei beni. Quando si può dire che è messa in pericolo? È quello che esamineremo più avanti. Pel momento constatiamo soltanto il significato della parola *dote*. La definizione che ne dà l'articolo 1540 dev'essere, secondo la tradizione, applicata all'articolo 1443. Toullier cita la consuetudine di Bretagna. La più antica redazione diceva: « I' beni mobili sono per consuetudine attribuiti al marito, il quale può farne quello che vuole, provvedendo convenientemente ai bisogni della moglie (vale a dire mantenendo la moglie onestamente, come dice la nuova consuetudine), finchè dura il matrimonio e finchè il marito non ne usa male ». Quando il marito usa male dei beni mobili, la dote è messa in pericolo, a termini dell'art. 1443. Benchè la dote appartenga al marito, essa gli è apportata con una destinazione, con un onere. Il marito deve adoperarla a questa destinazione convenzionale. Se non lo fa, ne usa male, e quindi la dote è in pericolo (1).

Anche i redditi dei beni proprii della moglie sono dotali, poichè entrano nella comunione per aiutare il marito a sostenere i pesi del matrimonio. Bisogna dire dei redditi degli immobili quanto abbiamo detto dei mobili. Essi diventano proprietà del marito, ma con un onere, od una destinazione risultante dalla convenzione tacita dei coniugi. I redditi devono es

(1) TOULLIER, t. VIII, 1, p. 29, n. 23.

sere impiegati pei bisogni della famiglia. In questo senso, essi sono dotali, quantunque siano proprietà del marito, e se il marito ne usa male, la dote è in pericolo.

In sostanza, sotto il regime della comunione legale, la dote diviene sempre proprietà del marito. E quantunque, per principio, il marito sia signore e padrone della comunione e possa perdere e dissipare i beni comuni, vi ha un contrappeso a questa autorità assoluta. Se abusa, la moglie può domandare la separazione, vale a dire lo scioglimento d'una società che non è contratta per dare al marito il diritto d'abusare. In questo senso la dote della moglie è in pericolo, sebbene essa ne abbia trasferita la proprietà al marito. La giurisprudenza è in questo senso (1), nè sull'argomento potrebbe esservi dubbio, poichè così dispone il testo dell'art. 1443, combinato coll'art. 1540.

210. L'art. 1443 contiene un'altra espressione il cui senso deve essere precisato. Quando i disordini degli affari del marito fanno temere che i suoi *beni* non siano *sufficienti a soddisfare i diritti e le riprese* della moglie, questa può domandare la separazione dei beni. Che cosa si deve intendere per *diritti* e *riprese*? Cominciamo dalla parola *riprese* che ha dato luogo ad una erronea interpretazione. Si dice che la legge si applica al caso in cui la moglie abbia diritti e riprese da esercitare in virtù del suo *contratto di matrimonio* (2). Ciò suppone una comunione convenzionale. Dunque la spiegazione non si confà all'art. 1443 il quale si trova nel capo della *Comunione legale*, che esiste quando i coniugi non hanno stipulato contratto di sorta. Bisogna quindi vedere quali sono le *riprese* che la moglie può esercitare sotto il regime della comunione legale senza stipulazione alcuna. L'art. 1474 chiama *riprese* i prelevamenti operati dai coniugi sulla massa prima di farne la divisione. Secondo l'art. 1470, i coniugi riprendono i loro beni proprii immobiliari quando esistono in natura. Se sono stati alienati, riprendono i beni acquistati per reimpiegare il prezzo dell'alienazione, ovvero il prezzo che sarà stato versato nella comunione. I coniugi prelevano anche o riprendono le indennità loro dovute dalla comunione, il che suppone che i coniugi abbiano beni proprii, perchè la comunione non deve loro una indennità se non quando abbia ritratto un profitto dei loro beni personali (art. 1433). Quando la moglie ha delle riprese da esercitare, ha un'azione sui beni del marito in caso che non bastino i beni comuni. È in forza di questo regresso ch'essa può domandare la separazione, a termini dell'art. 1442, quando il disordine degli affari del marito faccia temere che i suoi beni non siano sufficienti a soddisfare le riprese della moglie.

Ecco la spiegazione legale della parola *riprese*, nè potrebbe

(1) Gand, 15 gennaio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 363).
(2) TROPLONG, t. I, p. 386, n. 1322.

essere contraddetta, poichè è attinta nella lettera stessa della legge. La giurisprudenza l'ha consacrata decidendo che le riprese della moglie, quantunque eventuali, le permettono di domandare la separazione dei beni. Le riprese non possono essere esercitate che allo scioglimento della comunione. In questo senso, sono sempre eventuali. Se la moglie ha diritto a compensi contro la comunione, anche questa può aver diritto contro la moglie. Questi compensi rispettivi si liquidano dopo lo scioglimento della comunione. Allora soltanto si può calcolare chi sia creditore e chi debitore. Vi ha di più. La Corte di Liegi ha giudicato che la moglie poteva domandare la separazione quand'anche non avesse da esercitare alcuna ripresa attuale. Basta che possa averne, e può averne quando abbia beni proprii. Il marito i cui affari sono in disordine cercherà risorse nei beni della moglie, dei quali ha l'amministrazione e il godimento, li deteriorerà, farà dei tagli di bosco oltre il suo diritto, consentirà affitti rovinosi per la moglie, stipulando compensi a suo vantaggio, estorcerà ad essa il consenso di vendere i suoi beni proprii ed adoprerà il prezzo per pagare i suoi debiti. Ecco molte cause di riprese future, eventuali, è vero, ma che il disordine stesso degli affari del marito renderà effettive. E questo disordine che dá luogo alle riprese porrà nel tempo stesso la moglie nell'impossibilità di esercitarle, perchè il marito dissiperà i suoi proprii beni come dissiperà quelli della moglie. Bisogna dunque permettere a questa di domandare lo scioglimento della comunione per impedire la sua rovina, che sarebbe certa (1).

211. Rimane la parola *diritti*. Quali sono i *diritti* in forza di cui la moglie può domandare la separazione? Si potrebbe credere che la legge intenda garantire tutti i diritti che la moglie può avere sotto il regime della comunione, quali che siano. È precisamente a questo principio che giungono dottrina e giurisprudenza, e il principio così formulato è pienamente razionale. La moglie è associata, ma associata indipendente, e non ha alcun mezzo per impedire al marito di usar male della sua assoluta autorità. Come garanzia contro questo dispotismo la legge le concede il diritto di risolvere una società la quale non risponde più allo scopo pel quale è stata contratta. Non è giá per perdere i suoi diritti che la moglie diviene associata, ma per conservarli ed accrescerli. Se dunque il disordine degli affari del marito compromette un diritto qualunque della moglie, essa deve aver facoltá di chiedere la separazione.

Ecco la vera teorica. Ma è questo il valore della parola *diritto* nell'art. 1443? No, certamente. Infatti, la legge limita il significato vago della parola *diritti* dicendo che questi diritti devono dare alla moglie un'azione sui beni del marito, azione che

(1) Liegi, 3 luglio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 170), e 3 luglio 1833 (*ibid.*, 1833, 2, 191).

il disordine dei suoi affari minaccia di rendere inefficace. Bisogna dunque vedere quali siano i diritti in forza dei quali la moglie ha un'azione sui beni personali del marito. L'art. 1472 risponde alla questione. Esso è il solo che dia alla moglie un regresso sui beni personali del marito, ma la legge non le accorda questa azione che per le sue riprese. Adunque la parola *diritti* nell'art. 1443 è sinonimo di *riprese*; per conseguenza è inutile e potrebbe venir cancellata, perchè non ne risulta una causa speciale che permetta alla moglie di domandare la separazione dei beni. Gli è senza dubbio per questa ragione che gli scrittori neppure accennano ai *diritti* della moglie, il che vuol dire che, secondo la loro opinione, i diritti si confondono colle riprese.

212. Ora ci sarà facile rispondere alla questione se l'articolo 1443 preveda due cause distinte per cui può essere domandata la separazione ovvero una soltanto. La questione non è priva d'interesse pratico, come diremo più innanzi (n. 218). La maggior parte degli scrittori insegnano che le due cause ammesse in apparenza dall'art. 1443, ne costituiscono in realtà una sola (1). « I due membri della frase, si dice, esprimono lo stesso concetto, l'uno sotto una forma concisa, l'altro con una parafrasi. Infatti, la *dote* è *in pericolo* quando si può temere che la moglie non possa esercitare utilmente il suo diritto di *ricuperarla*, e, così pure, quando i *diritti* e *le riprese* della moglie sono minacciati, si può dire che la *dote* è in pericolo, perchè questi *diritti e riprese* rappresentano, nel patrimonio della moglie, valori che facevano parte della dote ».

Noi crediamo che questa interpretazione sia contraria al testo formale della legge. Il codice distingue il pericolo che può minacciare gl'interessi della moglie, sia per la sua *dote*, sia per le sue *riprese*. È vero che la *dote* e le *riprese* si confondono? Sotto il regime della comunione legale, la *dote* comprende i beni che diventano proprietà del marito. La moglie non ha diritto di *riprenderli*, perchè fanno parte della comunione. La moglie consegue la metà della comunione quando l'accetta. Vi si possono trovare tanto i suoi mobili quanto le economie fatte sui suoi redditi. Ma non è a questo titolo che li *riprende*, essa prende la metà dei beni che compongono l'attivo sociale. Essa non *ricupera* dunque i suoi beni sotto il titolo di *ripresa*, ma consegue la metà della comunione quale associata. Non è una questione di parole. Se la moglie *riprendesse* i suoi beni o li *ricuperasse*, avrebbe una *ripresa* pei suoi effetti mobili. Essa eserciterebbe questa ripresa sui beni del marito qualora non bastasse la comunione, e vi avrebbe diritto anche nel caso di rinuncia. Ora, è certissimo che la moglie non ha alcuna *ri-*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 229, n. 91 *bis* II. MARCADÉ, t. V, p. 581, n. 1 dell'art. 1443.

presa per la sua *dote* e che perde ogni diritto sulla sua *dote* quando rinuncia.

E pure inesatto il dire che le *riprese* della moglie rappresentano valori che facevano parte della *dote*. La moglie non può esercitare alcuna ripresa che pei suoi beni proprii. Ora, questi beni non sono dotali. L'immobile proprio che la moglie riprende fa forse parte della sua dote? I compensi cui essa ha diritto pei suoi beni proprii fanno parte della dote? No, perchè la dote è costituita dai beni che cadono in comunione, e i beni proprii, che danno luogo alle riprese, ne sono esclusi.

La distinzione che il testo del codice fa tra la dote e le riprese, vera in teoria, è vera anche nell'applicazione. Supponiamo, e ciò accadrà di sovente, che la sostanza della moglie sia costituita esclusivamente di mobili. Può essa, in questo caso, esercitare qualche *ripresa*? No, perchè tutti i suoi mobili presenti e futuri cadono nella comunione. Essa non ha nulla di proprio, e quindi non può avere da esercitare alcuna ripresa. Può domandare la separazione dei beni? Sì, perchè ha una dote, la quale può esser messa in pericolo, e ciò le dà il diritto di agire. Così potrà chiedere la separazione, sebbene non le spetti ripresa di sorta. La seconda parte dell'art. 1443 sarà dunque inapplicabile. Non è però esatto il dire che questa seconda parte è la parafrasi della prima. Supponiamo che i beni della moglie siano esclusivamente immobiliari. In questo caso essa potrà avere delle riprese da esercitare, e in forza di esse potrà domandare la separazione. Potrà essa chiedere la separazione anche perchè la sua dote è in pericolo? Sì, certamente quanto ai redditi e quanto al godimento che cade in comunione. Ma la proprietà degli immobili non è dotale. Dunque, per la proprietà, sarà applicabile la seconda, e non la prima parte dell'art. 1443. Prova codesta che i due casi non si confondono e non ne formano uno solo. La giurisprudenza belga è in tal senso (1).

N. 2. — Applicazione.

213. La moglie porta in dote degli effetti mobili che cadono in comunione. Può essa, per questo titolo, domandare la separazione dei beni? L'affermativa è certa, ma importa precisar bene il motivo del decidere. Constatiamo anzitutto che tale è la tradizione, il che è decisivo nella nostra materia, tutta tradizionale. Pothier cita il seguente caso come esempio, non in appoggio del principio che la moglie può domandare la separazione, ma per stabilire che la moglie può accettare la comunione, quantunque abbia ottenuto la separazione dei beni. Una moglie ha

(1) Liegi, 3 luglio 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 170).

portato in comunione tutti i suoi beni, che consistono in una grande quantità di mobili. Non ha stipulato nessun contratto di matrimonio, e non ha quindi diritto di riprendere quanto ha conferito alla comunione. Ma si accorge che il marito ha già dissipato la maggior parte della sua dote e che è sulla via di fare altrettanto pel resto. Essa domanda la separazione dietro la prova della cattiva condotta e della dissipazione del marito. Pothier non pensa nemmeno a contestare il diritto della moglie. Nessuno lo poneva in dubbio. Il codice ha consacrato la tradizione. Esso permette alla moglie di chiedere la separazione dei beni quando la sua dote è in pericolo. Ora, sotto il regime della comunione, i mobili della moglie sono dotali e diventano proprietà del marito. Questi non deve restituire nulla. La moglie non ha dunque alcuna ripresa da esercitare, poichè non ha beni proprii. Non è in forza della seconda parte dell'art. 1443 che essa può agire. Essa chiede la separazione perchè la sua dote è in pericolo (1). Per qual motivo la moglie ha il diritto di domandare la separazione? Si adducono ragioni che non possiamo accettare. La moglie, si dice, prende la metà della comunione. Questa parte rappresenta *riprese* ch'essa avrebbe stipulate. Se il disordine degli affari del marito compromette le sue *riprese*, ha il diritto di domandare la separazione (2). Come mai si può dare il nome di *ripresa* ad un diritto che la moglie esercita come associata, anche quando non apporta nulla nel matrimonio? La ripresa implica che vi siano beni rimasti proprii alla moglie, perchè essa non può riprendere ciò che non le appartiene più. Ora, nell'esempio di Pothier, la moglie non ha beni proprii. Come dunque potrebbe esercitare delle riprese? È quindi inesatto il dire, come si fa, che la moglie può chiedere la separazione quando, pel disordine degli affari del marito, vi è a temere che essa non possa *ricuperare* una somma eguale a quella che ha messo nella comunione (3).

La moglie non ha nulla da *ricuperare* quando la sua dote è mobiliare, perchè questa dote cade in comunione e diviene proprietà irrevocabile del marito. Perchè, malgrado ciò, la moglie ha diritto di chiedere la separazione? La moglie non ha messo la sua sostanza in comunione se non colla speranza che aumenterebbe, in grazia al beneficio dell'associazione. Tale è, infatti, la regola. Questa speranza è nel suo concetto, la condizione tacita sotto la quale essa contratta. Se consente a dare al marito un potere assoluto sovra i suoi beni, è perchè questa libertà di agire favorisce lo spirito d'iniziativa. Ma se il marito, invece

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 391, nota 9, § 515. Nancy, 14 marzo 1837 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1629).

(2) Duranton, t. XIV, p. 540, n. 503.

(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 231, n. 91 *bis* VI.

d'amministrare saggiamente i beni comuni, li dissipa, sia in folli spese, sia in cattive speculazioni, la comunione non ha più ragion d essere. Mancando il marito alle obbligazioni che ha contratto, la moglie deve avere diritto di domandare lo scioglimento d'una convenzione che il marito non eseguisce. È una specie di condizione risolutiva tacita, salvo che la comunione non è risoluta, ma sciolta (1).

Sotto il regime di comunione la dote comprende i mobili presenti e futuri della moglie. I mobili futuri sono d'ordinario ben più considerevoli che i mobili presenti, perchè è raro che la moglie abbia raccolto, al momento del matrimonio, le successioni che devono esserle devolute. Di qui la questione di sapere se la moglie può domandare la separazione quando i beni che attende non le sono ancora trasmessi. La giurisprudenza sta per l'affermativa, la quale ci pare certa. Il testo è concepito nei termini più generali. Esso parla della dote posta in pericolo. Ora, sotto il regime di comunione, sono dotali tanto i mobili futuri quanto i mobili presenti. Invano si dice che la dote non può essere in pericolo finchè la moglie non la apporta al marito. Essa gliela porta per ciò solo che si marita sotto il regime della comunione, nel senso che il marito ha diritto di ricevere i beni futuri della moglie. È il marito che, secondo l'opinione comune, accetta la successione, è il marito che la divide. Essa gli appartiene in forza delle convenzioni matrimoniali. Dunque i beni futuri devoluti alla moglie sono una dote nel senso dell'art. 1443. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. Essa vuole garantire la moglie contro la cattiva amministrazione del marito, e la si garantirebbe non concedendo alla moglie d'agire che quando il marito avesse ricevuto i beni, il che gli permetterebbe di dissiparli immediatamente? Il rimedio della separazione ha per iscopo di mettere la moglie al coperto dal pericolo che la minaccia. Ora, il pericolo suppone precisamente un male futuro, il quale dunque può esistere per i beni futuri. Ritorneremo più avanti su questo lato della questione.

La giurisprudenza è in questo senso. In un caso in cui la moglie non aveva portato nulla al momento del matrimonio la Corte di Colmar ha ammesso la separazione, ponendo come principio che la legge intende guarentire l'avvenire della moglie, e che, se non ha portato nessuna dote maritandosi, può acquistare dei beni col suo lavoro, colla sua industria o a titolo di successione. Basta, secondo questa interpretazione, che il disordine degli affari del marito comprometta i diritti puramente eventuali della moglie (2).

---

(1) Troplong, t. I, p. 383, n. 1313.

(2) Colmar, 11 maggio 1835 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1636). Liegi, 5 luglio 1830 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1638, I, e *Pasicrisie*. 1830, p. 170).

214. Quello che diciamo del capitale mobile s'applica ai redditi dei beni proprii della moglie. Questi redditi entrano in comunione con una destinazione convenzionale. Il contratto tacito che si forma quando i coniugi si maritano sotto il regime della comunione legale implica che la moglie mette i redditi dei suoi beni in comune per sostenere i pesi del matrimonio. Se il marito non li adopera a questo scopo, manca alla legge del contratto e, per conseguenza, la moglie può domandarne la rescissione. Ciò è tradizionale. Cochin, in una delle sue brillanti arringhe, sembra dire che la moglie non ha il diritto di occuparsi dell'impiego che il marito fa dei redditi dei suoi beni proprii. Sarebbe degradare la condizione dei mariti, egli esclama, sarebbe metterli sotto il giogo delle loro mogli e ridurli alla semplice qualità d'intendenti dei loro beni, di cui potrebbero essere spogliati se la moglie non fosse contenta della loro amministrazione (1). Ecco un tema che si presta alla declamazione giudiziaria. D'Argentré aveva già ridotto al nulla questa eloquenza dicendo che il marito ha diritto ai redditi a condizione di mantenere la moglie e i figli (2). S'egli amministra in modo che questo mantenimento sia compromesso, si può dire, alla lettera, che la dote è in pericolo. Pare strano, a prima vista, che la moglie possa togliere al marito l'amministrazione e il godimento dei suoi beni proprii dopo che ve lo ha costituito signore e padrone. Ma non bisogna confondere il potere del marito, finchè dura la comunione, colla garanzia che la legge dà alla moglie contro l'eccesso di questo potere. L'autorità del marito essendo illimitata, deve pur essere illimitata la garanzia della moglie.

Vi sono molte sentenze su questo punto, la qual cosa dimostra che il male è frequente e che il rimedio era necessario. Si legge in una antichissima sentenza della Corte di Rennes che il pensiero della sussistenza della moglie e dei suoi figli impone ai tribunali il dovere di metterla nel godimento dei suoi beni. Sono le parole di D'Angentré. La Corte soggiunge che non sarebbe giusto obbligare la moglie a continuare una società ineguale (3). Ecco il motivo di diritto e d'equità. È nell'interesse della società coniugale che la comunione dà un potere assoluto al marito. Dal momento che l'amministrazione del marito compromette questo interesse, al punto che la sussistenza della moglie e dei figli non è più assicurata, la moglie deve avere il diritto di rompere una società che distrugge i suoi diritti invece di conservarli. Quando il male è attuale non vi ha il menomo dubbio. La stessa Corte ha pronunciato la separazione dei beni contro un marito vizioso e dissipatore il quale lasciava man-

---

(1) Cochin, *Opere*. t. V, p. 142. Toullier, t. VII, 2, p. 34, n. 29.
(2) D'Argentré, sull'art. 433 della *Consuetudine di Bretagna*.
(3) Rennes, 13 marzo 1813 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1631).

care il necessario alla moglie ed ai figli (1). La Corte di cassazione ha deciso in principio che vi ha luogo a pronunciare la separazione quando il marito si è messo nella impossibilità di provvedere ai bisogni della famiglia, bisogni che i redditi della dote sono essenzialmente destinati a soddisfare. Nel caso concreto, il primo giudice aveva constatato che non si poteva lasciare più a lungo al marito l'amministrazione dei beni dotali senza compromettere l'esistenza della famiglia (2).

Si dovrà aspettare che la famiglia manchi del necessario perchè la moglie abbia il diritto di agire? La risposta dipende dall'interpretazione che si dà a queste parole dell'art. 1443: « La dote è *messa in pericolo* ». Ritorneremo sull'argomento. Ciò che abbiamo detto conduce alla conseguenza formulata dalla giurisprudenza (3) e dagli scrittori (4), che la dote è posta in pericolo quando i redditi dei beni proprii della moglie sono distolti dalla loro destinazione legale o, per meglio dire, convenzionale. Invece di servire ai bisogni della famiglia, essi sono adoperati a pagare i debiti di cui il marito è onerato (5). Non è questo lo scopo della comunione, e quindi essa deve sciogliersi se la moglie lo chiede.

215. Se la moglie non ha portato nulla, nè dote mobiliare, nè dote immobiliare, può essa, ciononostante, domandare la separazione dei beni? Secondo la lettera dell'art. 1443, bisognerebbe rispondere negativamente. È certo che non può parlarsi di riprese ove non sianvi beni proprii. Così pure non si può dire che la dote della moglie è messa in pericolo, perchè, nel senso legale della parola, essa non ha dote. La definizione della dote scritta nell'art. 1540 suppone che la moglie apporti un *bene* al marito. E nella parola *bene* la legge comprende le cose mobili od immobili che appartengono alla moglie al momento del matrimonio o che le saranno devolute durante il medesimo. Gli articoli 1542, 1550-1554 non lasciano alcun dubbio su questo punto. Dunque la moglie che non porta al marito effetti mobili nè immobili non ha dote, e quindi è impossibile dire che la dote della moglie è messa in pericolo. Quali sono i diritti della moglie che non ha dote? Essa ha un diritto eventuale alla divisione della comunione se l'accetta. La quistione sta dunque nel sapere se, in forza di questo diritto sulla comunione, la moglie può domandare la separazione. Secondo il testo, no. Bisogna dunque ricorrere alla tradizione.

Pothier pone nettamente la questione: « Essendo il pericolo

---

(1) Rennes, 31 maggio 1820 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1631).

(2) Rigetto, 28 febbraio 1842 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1633).

(3) Bruxelles, 12 dicembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 288). Grenoble, 16 marzo 1855 (DALLOZ, 1855, 5, 405).

(4) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 602, n. 2102. TROPLONG, t. I, p. 383, n. 1313. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 230, n. 91 *bis* IV.

(5) Orléans, 7 agosto 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 115).

della dote della moglie il fondamento ordinario delle domande di separazione dei beni, se ne deve conchiudere che la moglie la quale non ha portato nessuna dote al marito non possa mai domandare questa separazione? » Pothier risponde: « No, perchè la moglie che non ha portato nessuna dote può avere un'arte che ne faccia le veci, come quando è un'abile sarta, una eccellente ricamatrice, ecc. Se questa moglie ha un marito dissipatore, tutti i guadagni ch'essa fa col suo ingegno entrando in comunione, non servono che a soddisfare i vizii del marito, o sono preda dei suoi creditori. La moglie ha dunque interesse di ottenere la separazione dei beni per conservarsi in avvenire i guadagni ch'essa fa mediante la sua professione » (1).

La parola *dote* ha dunque nella tradizione, in quanto concerne la separazione dei beni, un significato speciale. L'industria della moglie le tien luogo di dote. Dal punto di vista dei principii, questa dottrina si giustifica perfettamente. I prodotti del lavoro della moglie entrano in comunione (art. 1498). Perchè? Per sostenere i pesi del matrimonio. Se la moglie versa ogni anno nella comunione mille lire provenienti dalla sua industria, apporta realmente al marito un *bene*. Che monta se questo bene consiste in effetti mobili che le appartengono o che le sono devoluti a titolo di successione, come è il significato ordinario della parola *dote*, ovvero se consiste in denari che versa di mano in mano che li guadagna? Essa ha sempre messo qualche cosa nella società che esiste fra lei e il marito, e ciò si chiama dote in materia di comunione. Se questa dote è in pericolo, perchè la moglie non potrebbe domandare la separazione dei beni? Si dirà che in tal modo si estende l'art. 1443? Sia pure; ma dov'è il principio che vi si oppone? Il testo non è restrittivo e lo spirito della legge meno ancora (2). La tradizione, in una materia tradizionale, può essere invocata per interpretare il codice, e la tradizione è decisiva.

La dottrina è in questo senso, e così pure la giurisprudenza. Gli scrittori considerano il lavoro della moglie come una dote. Si può, infatti, applicare al prodotto del lavoro ciò che abbiamo detto della dote consistente in un bene mobile o immobile. La maggior parte delle comunioni non hanno altro attivo che quello che proviene dall'industria di ciascuno dei coniugi. Il prodotto del lavoro dei coniugi è destinato, al pari della dote propriamente detta, a mantenere la famiglia ed a formare col risparmio un capitale per l'avvenire. Questa dote, fornita dal lavoro, è messa in pericolo quando il marito la distoglie dalla sua destinazione impiegandola in folli spese o in rovinose speculazioni. L'analogia è completa. Dunque bisogna dire che dove vi ha lo stesso motivo di decidere deve esservi la stessa decisione (3).

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, 512.
(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 390, nota 8, § 516.
(3) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 231, n. 91 *bis* V TROPLONG, t. I, p. 385,

216. La questione diventa più dubbia quando la moglie non ha alcun bene nè alcuna professione. In questo caso essa non ha dote nel senso legale, nè nel senso tradizionale della parola, come è spiegato da Pothier. Tuttavia noi crediamo che, anche in questo caso, la moglie possa domandare la separazione dei beni. Essa ha un diritto sulla comunione. I beni che la compongono sono destinati al mantenimento della famiglia. Se il marito usa male del suo potere assoluto, dissipa i beni, la sussistenza della famiglia non è più assicurata, lo scopo della società coniugale non è raggiunto. Dal punto di vista dei principii, ciò basterebbe perchè la moglie avesse il diritto di domandare la separazione. Ma non basta secondo il testo dell'art. 1443. Esso esige che esista una dote la quale sia messa in pericolo, vale a dire un bene proveniente dalla moglie e che è entrato per suo conto nella comunione. Bisogna dunque vedere se vi ha un bene proveniente dalla moglie. Si può dire che in ogni comunione vi è un bene il quale proviene dalla moglie. Se l'industria della moglie le tien luogo di dote, per lo stesso motivo la sua collaborazione nella famiglia, il suo spirito d'ordine e d'economia devono pure essere considerati come una dote, È il lavoro della moglie, nel suo più largo senso, che contribuisce alla proprietà della casa. Se il marito fornisce i redditi coi suoi beni o colla sua industria, la moglie li amministra, li impiega utilmente e li economizza per l'avvenire. Essa dunque ha sempre una parte nella comunione, e quindi ha una dote. Se la sua valentía di sarta o di ricamatrice è una dote, è pure una dote la sua collaborazione quale donna di famiglia, poichè essa guadagna di più governando con intelligenza la propria casa che non facendo la ricamatrice o la sarta. Si dirà che questa non è che teoria, senza base nè nel testo nè nella tradizione? Noi invochiamo l'art. 1498, il quale parla dell'*industria comune* dei coniugi e che è applicabile alla moglie ed al lavoro che costituisce la sua missione. Invochiamo anche la tradizione. Si legge in un atto di notorietà dello Châtelet: « Non è giusto attendere che il bene che è stato acquistato *ex mutua collaboratione* sia dissipato e che una moglie la quale giustifica che il marito, per le sue sregolatezze, *vergit ad inopiam*, non possa domandare la separazione e la divisione della comunione » (1). Ecco il principio come noi l'abbiamo formulato. Il solo elemento della comunione, nella maggior parte delle famiglie, è, come dice l'articolo 1498, l'*industria comune* dei coniugi. La moglie vi ha certamente la sua parte. In questo senso, essa ha una dote, e

---

n. 1319. TOULLIER, t. VII, 1, p. 34, n. 29, e DURANTON, t. XIV, p. 541, n. 404, invocano delle considerazioni morali che sono insufficienti per fondarvi un diritto. Cfr. Liegi, 23 aprile 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 105). Bruxelles, 31 gennaio 1838 (*Pasicrisie*, 1838, p. 21).

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 520.

quindi deve avere il diritto di domandare la separazione quando il frutto delle sue economie è dissipato ed essa corre il rischio di rimanere senza risorsa alcuna. Tuttavia la questione resta dubbia, e si comprende come tanto gli scrittori (1), quanto i tribunali (2) siano divisi.

217. Ci rimane a dire una parola delle riprese. L'art. 1443 permette alla moglie di domandare la separazione dei beni quando il disordine degli affari del marito fa temere che i suoi beni non siano sufficienti a soddisfare i diritti e le riprese della moglie. Noi abbiamo spiegato il testo (n. 210), e l'applicazione non dà luogo ad alcuna difficoltá in quanto concerne i diritti della moglie. Le riprese che la moglie può esercitare sui beni personali del marito, in caso d'insufficienza della comunione, sono il prelevamento dei beni proprii, o del prezzo relativo, o delle indennità alle quali il coniuge ha diritto quando la comunione ha avuto un profitto dai suoi beni proprii. Occorre dunque che la moglie abbia dei beni proprii per aver diritto a riprese. Fa d'uopo altresì che vi sia disordine negli affari del marito e che questo disordine costituisca un pericolo per la moglie. Anzitutto la comunione sarà passiva in forza di questi disordini, per modo che la moglie non potrà esercitare i suoi prelevamenti sui beni comuni. Essa avrà, in questo caso, regresso sui beni del marito, ma questo regresso può anche divenire illusorio in seguito al disordine degli affari del marito. In simili circostanze, non solo la dote mobiliare è in pericolo, ma gli stessi beni proprii della moglie rischiano d'essere inghiottiti nel naufragio. Non le rimane che una via di salvezza, la separazione dei beni (3).

N. 3. — Delle prove.

218. La moglie che domanda la separazione dei beni deve provare l'esistenza delle cause per le quali la legge le permette di chiedere lo scioglimento della comunione. In che consiste questa prova? La questione dà luogo a numerose difficoltà. Noi crediamo ch'esse dipendano dalla confusione che la maggior parte degli scrittori fanno delle due cause per le quali può essere domandata la separazione, il pericolo delle dote e il pericolo delle riprese. Se si ammette che le due cause non ne formano che una sola ne risulta che bisogna applicare al pericolo

(1) MARCADÉ, t. V, p. 581, n. 1 dell'art. 1443. TROPLONG, t. I, p. 386, n. 1321. RODIÈRE e PONT, t. III, p. 601, n. 2101. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. V, p. 391, nota 9, § 516, e le autorità che citano.

(2) Angers, 16 marzo 1808 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1635). Liegi, 5 giugno 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 170). In senso contrario, Parigi, 9 luglio 1811 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1637), e Metz, 14 aprile 1821 (*ibid.*, n. 1646).

(3) Non si fa distinzione fra le riprese attuali e quelle future. Bruxelles, 12 dicembre 1832 (*Pasicrisie*. 1832. p. 288).

della dote quello che la legge dice delle riprese, vale a dire che sarà necessario che la moglie provi, in tutti i casi, il disordine degli affari del marito e dimostri che questo disordine fa temere che i beni del marito non siano sufficienti a soddisfare i suoi diritti, sia quanto alla sua dote, sia quanto alle sue riprese.

A nostro avviso, il testo della legge resiste a questa interpretazione. La dote della moglie, sotto il regime della comunione legale, non dà mai luogo ad un'azione sui beni personali del marito, perchè questa dote entra in comunione e la moglie non vi ha più alcun diritto. I suoi effetti mobili e i suoi redditi si confondono nella massa. La moglie non vi ha più diritto che come compartecipante. Quand'anche il marito avesse dissipato tutti i suoi redditi e tutta la sua sostanza mobile, vale a dire tutta la sua dote, la moglie non avrebbe, per questo titolo, alcuna azione sui beni del marito. Dunque è impossibile applicare al pericolo della dote di cui parla il principio dell'art. 1443 ciò che dice la fine di questo articolo parlando dei diritti e delle riprese della moglie, giacchè, se queste riprese danno alla moglie il diritto di chiedere la separazione, si è perchè può conseguirle sui beni personali del marito. È soltanto in questo caso ch'essa può provare il disordine degli affari del marito e l'insufficienza dei suoi beni personali. Il pericolo della dote esiste indipendentemente dall'insufficienza dei beni del marito. Questa causa di separazione non ha nulla di comune coi beni del marito, perchè la moglie non ha alcuna azione su questi beni in forza della dote. È dunque assolutamente necessario distinguere le due cause che danno luogo alla separazione. Ciascuno ha le sue condizioni particolari, e quindi ciascuno ha anche le sue prove speciali.

I. — Quando la dote è messa in pericolo?

219. La dote della moglie comprende la sua sostanza mobile presente e futura e i redditi degli immobili suoi proprii. Cominciamo dal capitale mobile. Se è messo in pericolo, la moglie può domandare la separazione. Quand'è che si può dire che la dote mobiliare è messa in pericolo? Il pericolo non concerne la restituzione della dote, perchè la dote non viene restituita alla moglie. Questa non ha alcuna azione per simil titolo contro il marito. Il pericolo non esiste dunque che relativamente all'impiego della dote. Perchè la moglie la porta al marito? La legge lo dice. Per sostenere i pesi del matrimonio, e, soggiungiamo noi, per far fruttare e prosperare la parte che ciascuno dei coniugi ha messo nella società coniugale. Ogni società è contratta al fine di guadagnare (art. 1832). La comunione non fa eccezione. I coniugi cercano di aumentare la loro sostanza, meno per procurare a sè stessi maggiori godimenti

che per allevare e collocare i loro figli. Tale è la destinazione della dote nell'intenzione delle parti contraenti. Se questa destinazione non è raggiunta, la dote è messa in pericolo, perchè se il marito, invece di adoperare la dote pei bisogni attuali e futuri della famiglia, la spende, la dissipa, la moglie non ritroverà più nemmeno la sua parte allo scioglimento della comunione. Come prevenire la rovina che la minaccia? Il marito ha un potere assoluto d'usare e d'abusare. La moglie non può intervenire nella sua gestione, essa non può opporsi agli atti di cattiva amministrazione. Non le resta che un mezzo per salvare la dote, domandare lo scioglimento della comunione. Che cosa deve provare per ottenerlo? Il pericolo della dote, vale a dire che il marito non la impiega nelle sua destinazione legale e convenzionale.

Tale è il testo e tale lo spirito della legge quando la moglie domanda la separazione, perchè la sua dote è in pericolo. Dovrà inoltre provare il disordine degli affari del marito e l'insufficienza dei suoi beni? A parer nostro, la questione non ha senso. Se la legge parla dell'insufficienza dei beni del marito è perchè la moglie ha regresso su questi beni per l'esercizio delle sue riprese. Ora, la dote mobiliare non dà luogo ad alcuna ripresa, ad alcuna azione sui beni personali del marito. Sarebbe dunque assurdo costringere la moglie a provare che i beni del marito sono insufficienti a soddisfare i suoi diritti, quando non ha alcun diritto su questi beni. Quanto al disordine degli affari del marito, la legge non ne parla che per indurne che è a temersi che i beni del marito non bastino per l'esercizio delle riprese della moglie. Dunque la moglie non deve provare il disordine quando si tratta unicamente del pericolo della dote.

Si dirà che il pericolo della dote, quale noi l'intendiamo, accusa anche un certo disordine, se non negli affari personali del marito almeno nella gestione della comunione? Senza dubbio, poichè, invece di adoperare la dote della moglie per la sua destinazione, ne abusa con spese che rovineranno la comunione. Così il disordine che suppone il pericolo della dote riguarda l'amministrazione della comunione. Il marito, invece di usare del suo potere di signore e padrone per accrescere ed arricchire la comunione, ne abusa. Se questa cattiva gestione continua, la rovina della moglie è al colmo, la dote è in pericolo. Ecco perchè la moglie ha il diritto di domandare la separazione dei beni. Che cosa deve essa provare? Nulla, se non che il marito non adopera la dote per la sua destinazione convenzionale e legale. Può darsi che non vi sia nessun disordine negli affari del marito. Egli amministra bene il suo patrimonio, ma dissipa i beni comuni. Non dovrà per questo essere ammessa la domanda di separazione? Secondo l'opinione generale, non dovrebbe essere ammessa poichè si insegna che la moglie deve provare il disordine e l'insufficienza dei beni del marito. Ciò è assurdo. Che importa alla moglie che i beni del marito

siano diligentemente amministrati, se la sua dote è dissipata e non le resterà nulla della sua sostanza?

220. Insigni scrittori hanno compreso che si doveva fare una distinzione fra il pericolo della dote e il pericolo dei diritti e delle riprese. Aubry e Rau insegnano che la moglie la quale domanda la separazione, fondandosi sul pericolo che corre la sua dote, deve provare che il pericolo da lei allegato ha per causa la cattiva amministrazione o la condotta sregolata del marito (1). Aubry e Rau vanno oltre la legge. È ben vero che, quando il marito non adopera la dote della moglie per la sua destinazione convenzionale e legale, la causa si è d'ordinario o una vita sregolata o una cattiva amministrazione, di modo che il marito dissipa coi suoi eccessi le dote della moglie, ovvero essa diventa preda dei suoi creditori. Ma la legge non domanda che la moglie provi la causa del pericolo che corre la sua dote, essa esige soltanto che la dote sia in pericolo e che il fatto sia certo. Colmet de Santerre dice benissimo che la legge non ha voluto costringere la moglie a provare la cattiva condotta del marito, o la sua incapacità, o le sue rovinose speculazioni. Se ve l'avesse costretta, la maggior parte delle mogli indietreggerebbero davanti l'azione di separazione. Stabilendo una garanzia in favore della moglie, la legge ha dovuto vegliare a che l'azione della moglie fosse possibile. Ora, essa sarebbe impossibile, se la moglie, per ottenere la separazione dei beni, dovesse coprire il marito di vergogna (2). Si dimentica che la vita comune continua in caso di separazione, e come sarebbe possibile la vita comune, se la moglie dovesse dimostrare la vita sregolata del marito o la sua incapacità ad amministrare gli affari?

221. Ciò che diciamo dei mobili dotali si applica, letteralmente, ai redditi degli immobili proprii della moglie. Questi redditi hanno la stessa destinazione della dote mobiliare. Dal momento che il marito non li adopera più per questa destinazione, la dote è in pericolo, perchè i redditi fanno parte della dote, e quando la dote è compromessa, può essere chiesta la separazione. La cosa è evidente quando il pericolo si è già verificato, vale a dire quando la moglie e i figli mancano del necessario. Non fa bisogno di ricercare quali sono le cause di questo fatto; basta il solo fatto.

Bisogna andare più in là. Alla moglie non manca ancora nulla, ai suoi bisogni è largamente provveduto, ma la gestione del marito fa temere che i redditi della moglie non siano adoperati per la loro destinazione se la comunione continua. Potrà la moglie domandare la separazione? La questione è stata dibattuta davanti la Corte di cassazione da un abile avvocato

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 392, e nota 14, § 516.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 233, n. 91 *bis* IX.

il Fabre, divenuto poi procuratore generale. Le parti in causa erano una duchessa di Montmorency, attrice, la quale domandava la separazione dei beni, e un Talleyrand-Périgord duca di Valençay, convenuto. La duchessa poneva per fondamento dell'azione che il marito aveva contratto debiti considerevoli ch'essa valutava ad un milione. Questi debiti, essa diceva, mettevano in pericolo i redditi della sua dote di quattrocentomila lire, perchè erano i soli valori, con cui si poteva soddisfare ai debiti medesimi. L'avvocato riconosceva che la separazione può essere domandata quando i redditi della dote non sono adoperati per la loro destinazione, vale a dire quando la famiglia è minacciata dalla miseria, o per lo meno quando corre il rischio di decadere dalla condizione alla quale le dà diritto lo stato del marito. Ma finchè il marito soddisfa alle sue obbligazioni di padre e di marito, la moglie non ha il diritto di lagnarsi. Ora, nel caso concreto, non si rimproverava al marito di non avere convenientemente provveduto ai bisogni della sua famiglia, si pretendeva soltanto ch'egli sarebbe stato costretto ad adoperare una parte dei redditi della moglie per estinguere il suo passivo. Che importa, se il resto dei redditi come pure la sua sostanza gli permettevano di tenere la sua casa sul piede che doveva avere? Tuttavia la Corte di cassazione pronunciò una sentenza di rigetto. Essa pone il principio che i redditi dei beni dotali, dovendo servire a sostenere i pesi del matrimonio, fanno parte della dote. Può dunque esservi pericolo per la dote se, per fatto del marito, i redditi non ricevono la destinazione che dà loro la legge. Ora, la Corte di Parigi aveva constatato in fatto che il marito era debitore di somme importanti, il che rivelava il disordine dei suoi affari. La Corte ne conchiudeva che questo disordine era tale da far temere che i redditi della moglie potessero essere stornati in gran parte dalla loro destinazione pel pagamento dei debiti del marito (1). Il fatto così constatato decideva la questione. Invano il ricorso osservava ch'era largamente provveduto ai bisogni della famiglia. Non è per la miseria o per la decadenza attuale e già esistente che la legge autorizza lo scioglimento della comunione, ma pel pericolo che corre la dote. Ora, il pericolo riguarda necessariamente l'avvenire, e spetta al giudice del fatto decidere se questi timori sono fondati.

La giurisprudenza è in questo senso. In un caso deciso dalla Corte di Caen era certo che il capitale della dote non correva pericolo, ma i redditi erano assorbiti dai debiti del marito e, per conseguenza, stornati dalla loro legittima destinazione. Ciò bastava per giustificare la domanda di separazione, benchè fosse provato che i debiti del marito non erano imputabili alla sua dissipazione. Non vi era dunque disordine, non vi era defi-

(1) Rigetto, 17 marzo 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 140).

cienza nei beni del marito, eppure la separazione venne pronunciata. È l'applicazione della nostra dottrina (1).

222. Abbiamo supposto che il marito sia in possesso della dote e non impieghi i redditi nella loro destinazione convenzionale. Può accadere che la dote non sia ancora stata pagata. Potrà la moglie, ciò non ostante, domandare la separazione? A primo aspetto si è tentati di rispondere che la dote non corre pericolo finchè il marito non l'ha ricevuta. Ma in tal modo si perderebbe di vista che la legge contempla l'avvenire, nel senso che, nella sua giusta previsione, essa veglia a che la dote sia adoperata per la sua destinazione. Dal momento che si può temere che non lo sarà, la moglie deve avere il diritto di scongiurare il pericolo che la minaccia quando la dote sarà pagata. La Corte di Bordeaux ha giudicato così ponendo come principio che non è necessario che la dote sia già stata riscossa dal marito. Basta ch'egli possa ad ogni istante riceverla e che dia giusti motivi di temere che la dote non sarà sicura nelle sue mani (2).

Vi ha nello stesso senso una sentenza della Corte di cassazione. Ma la Corte confonde le riprese col pericolo della dote. I genitori avevano costituito alla figlia una dote di centoottantamila lire. Questa dote, essendo puramente mobiliare, non dava luogo ad alcuna ripresa. La moglie non poteva dunque domandare la separazione che fondandosi sul pericolo della dote, vale a dire perchè vi era luogo a temere che la dote non fosse impiegata per la sua destinazione. La Corte osserva non essere necessario che la dote sia perduta in tutto o in parte, ma bastare che versi in pericolo. È vero, ma la sentenza aggiunge ch'essa è in pericolo quando il disordine degli affari del marito è tale che i suoi beni non bastino a garantire le riprese della moglie. Qui la Corte confonde due casi assolutamente distinti. La moglie non aveva diritto ad alcuna ripresa, e non poteva mai averne per una dote mobiliare, a meno che non l'avesse convertita in immobiliare, ciò che la sentenza non dice. Quindi la Corte ha avuto torto di parlare di riprese e d'insufficienza dei beni. Bastava constatare, come fa la Corte d'appello, che si poteva temere che la dote, una volta pagata al marito, dovesse servire a pagare i suoi debiti (3).

II. — Quando le riprese sono in pericolo?

223. A termini dell'art. 1443, « la moglie può domandare la separazione dei beni quando il *disordine degli affari del marito* dà luogo a temere che *i suoi beni non siano sufficienti*

(1) Caen, 11 dicembre 1848 (Dalloz, 1850, 2, 16).
(2) Bordeaux, 1.° maggio 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).
(3) Rigetto, 11 agosto 1870 (Dalloz, 1870, 1, 288).

a soddisfare i *diritti* e le *riprese* della moglie ». La moglie deve dunque provare ch'essa ha delle riprese da esercitare. Su questo punto rimandiamo a quanto si è detto più sopra. Se la dote è puramente mobiliare, la moglie non ha alcuna ripresa da esercitare, e conseguentemente può domandare la separazione in forza del disordine degli affari del marito e dell'insufficienza dei suoi beni pel pagamento delle riprese. Se la moglie ha dei beni proprii, può avere eventualmente delle riprese, e queste riprese le danno un'azione sui beni del marito (art. 1472). Il disordine degli affari del marito può compromettere questo regresso. La moglie deve dunque provare che gli affari del marito sono in disordine poichè questo disordine dà luogo a temere che i beni ch'egli possiede siano insufficienti a pagare le sue riprese.

224. Che cosa s'intende per disordine? Si domanda se si tratta del disordine morale, della cattiva condotta. La legge stessa risponde alla domanda. Essa dice: il disordine *nei suoi affari*. Senza dubbio, questo disordine può provenire dal vizio. Il disordine morale ha d'ordinario per conseguenza il disordine materiale. Ma la legge non vuole che si ricerchino le cause del disordine che regna negli affari del marito. Essa si contenta del fatto. Questo fatto può d'altronde avere molte cause indipendenti dalla condotta del marito. Rivoluzioni, crisi commerciali e industriali possono gettare il disordine nei suoi affari benchè non gli si possa fare alcun rimprovero per la sua condotta. È inutile insistere, poichè il testo è formale, ed è questa l'opinione di tutti gli scrittori (1).

Il disordine negli affari implica almeno la prova d'una cattiva amministrazione? In realtà, sarà questo il caso ordinario. Non capitano tutti i giorni rivoluzioni e crisi. D'altronde questi avvenimenti straordinari non colpiscono che i commercianti e gli industriali. Se dunque gli affari del marito sono in disordine, la causa prima sarà il più delle volte una cattiva amministrazione. Ma dovrà per questo la moglie dimostrare che il marito amministra male? Ripetiamo che la legge non esige che la moglie provi la causa che ha prodotto il disordine negli affari del marito. Il disordine può avere molte cause, cause che la moglie può ignorare, cause ch'essa ama nascondere per non screditare il marito e per non rendere la vita comune impossibile. S'intralcerebbe dunque il diritto della moglie subordinandone l'esercizio a prove così delicate e difficili. A qual pro d'altronde? Basta il fatto del disordine perchè i diritti della moglie siano compromessi, ben inteso se il disordine rende i beni del marito insufficienti a soddisfare le riprese della moglie.

---

(1) TROPLONG, al n. 1329, dice: « Se pesate i termini dell'art. 1443, vedrete che l'insufficienza delle risorse del marito deve provenire dalla sua cattiva condotta ». E al n. 1333 TROPLONG prova benissimo il contrario.

La tradizione è in questo senso. « Non è necessario, dice Pothier, che il cattivo stato degli affari del marito sia prodotto da colpa sua o dalla cattiva condotta. Quantunque il dissesto dei suoi affari sia avvenuto senza sua colpa, in conseguenza di perdite considerevoli sopraggiunte nel suo commercio, perdite ch'egli non aveva potuto prevedere, basta, ad ottenere la separazione, che i beni del marito non siano più sufficienti per rispondere della dote della moglie ». Queste ultime espressioni non sono esatte. Sotto il regime della comunione legale, i beni del marito non rispondono della dote, poichè la moglie non ha alcuna azione per questo titolo sui beni del marito. Per *dote* qui bisogna intendere i *diritti* e le riprese della moglie per cui la legge le dà un'azione contro il marito. Vi ha un'altra riserva da fare su quello che dice Pothier. L'insufficienza dei beni non basta sempre per autorizzare la separazione. Ritorneremo su questo punto. La dottrina degli scrittori moderni è conforme alla tradizione (1).

Resta a sapersi quando si può dire che vi è disordine negli affari del marito. Ecco una questione di fatto di cui la dottrina ha torto di occuparsi, perchè essa non può prevedere le mille ed una circostanze che s'incontrano nei vari casi. Così si domanda se vi ha disordine quando il marito ha subito delle perdite nel suo commercio o nella sua industria. Si può rispondere di sì e di no (2). Sì, se queste perdite hanno dissestato i suoi affari, impendendogli di pagare i suoi debiti, provocando liti e sequestri. No, se le perdite non hanno scosso il suo credito. Lasciamo queste difficoltà al giudice che sarà illuminato dalle parti, e che deciderà in fatto meglio che non potrebbe fare in teoria il più sottile giureconsulto.

225. Il disordine da solo non basta. Bisogna, secondo l'art. 1443, ch'esso dia luogo a temere che i beni del marito non siano sufficienti a soddisfare le riprese della moglie. L'insufficienza dei beni, secondo il testo della legge, deve essere una conseguenza del disordine negli affari del marito. Se i beni del marito erano già insufficienti al momento del matrimonio e se, del resto, dopo la celebrazione del matrimonio, non sia sopravvenuto alcun disordine, la moglie non potrà domandare la separazione nei beni. Perchè vi sia luogo a domandare lo scioglimento della comunione, occorre che sopraggiunga un cambiamento nella condizione delle parti contraenti. Così i beni del marito, sufficienti per rispondere delle riprese della moglie al momento del matrimonio, diventano insufficienti in conse-

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 510. Aubry e Rau, t. V, p. 392, nota 13, § 506, e Rodière e Pont, t. III, p. 517, n. 2094, citano le autorità.

(2) Rodière e Pont, t. III, p. 598, n. 2095. Colmet de Santerre, t. VI, p. 232, n. 91 *bis* VIII. Vedi qualche caso nelle sentenze riportate da Dalloz, v. *Contrat de mariage*, nn. 1640, 1643-1645.

guenza del disordine dei suoi affari. Egli stesso rompe, in questo caso, il contratto diminuendo o distruggendo le garanzie sulle quali la moglie aveva contato. Ma se il marito era già insolvibile al momento del matrimonio, nel senso che i suoi beni erano insufficienti a soddisfare i diritti e le riprese della moglie, questa non può lagnarsi che il contratto sia rotto in suo danno. Il contratto resta quello che era; nulla è cambiato nella posizione delle parti, e quindi non vi ha luogo a domandare lo scioglimento della comunione (1).

226. L'art. 1443, parlando delle riprese, s'esprime in termini analoghi a quelli che ha usato nel parlare della dote. La dote deve essere in *pericolo* e il disordine degli affari del marito deve dar luogo a *temere* che i suoi beni siano *insufficienti*, per meglio dire, divengano insufficienti in conseguenza di questo disordine. Non è dunque necessario che i beni siano insufficienti. La legge, nella sua sollecitudine, pensa all'avvenire della moglie, ch'essa vuole assicurare dal momento che gli affari del marito sono in disordine. La separazione è una garanzia. Ora, la garanzia sarebbe derisoria se, per agire, la moglie dovesse aspettare che il male si realizzasse. È in questo senso che bisogna intendere ciò che dice Pothier: « Non è necessario, perchè la moglie possa domandare la separazione, che il marito sia divenuto intieramente insolvibile. La separazione sarebbe allora per essa un rimedio inutile. Basta che cominci a divenirlo e che la cattiva piega che prendono i suoi affari *dia luogo a temere* che non lo divenga sempre più ». Il codice è più esplicito. La *cattiva piega* che prendono gli affari del marito deve costituire un *disordine* e l'insufficienza dei beni deve essere la conseguenza del disordine. In tal modo, perdite accidentali e riparabili non permetterebbero alla moglie d'agire. La parola *disordine* implica un male che andrà crescendo e che finirà col rovinare il marito. Ma, per contrario, quando il disordine esiste e inspira timori per l'avvenire, la moglie può domandare la separazione dei beni.

La dottrina (2) e la giurisprudenza sono in questo senso. Si legge in una sentenza della Corte di Rouen: « Per ottenere la separazione dei beni la moglie non è obbligata a provare precisamente lo stato d'insolvenza del marito e a stabilire, con una specie di liquidazione preventiva del suo avere, ch'egli è nell'impossibilità di soddisfare a tutti i suoi impegni ». Il primo giudice aveva deciso così. La Corte riformando la sua decisione, dice che, secondo questa dottrina, il rimedio della separazione

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 392 e nota 12, § 516. Rodière e Pont, t. III, p. 599, n. 2098. Troplong, t. I, p. 386, n. 1329. Torino, 23 marzo 1811 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1651).

(2) Toullier, t. VII, 1, p. 31, n. 29. Rodière e Pont, t. III, p. 599, n. 2097. Colmet de Santerre, t. VI, p. 234, n. 91 *bis* X.

non sarebbe più tale per la moglie, poichè la separazione non potrebbe essere ottenuta che quando la moglie non avesse più il mezzo di salvare le sue riprese. Secondo la legge, dice la sentenza, la moglie non deve provare che una cosa, il cattivo stato degli affari del marito, e che questo sia tale che le sue riprese corrano pericolo (1).

227. Segue da ciò che la moglie non può agire se l'insufficienza dei beni del marito non offre alcun timore, quand'anche vi fosse qualche disordine ne' suoi affari. Così la circostanza che il marito ha dei debiti non autorizza la moglie a domandare la separazione dei beni. Questo è certo quando i debiti esistevano già al momento del matrimonio. La moglie non ha diritto di lagnarsi in questo caso, poichè nessun cambiamento è sopravvenuto nella condizione del marito. Era la moglie che doveva stipulare la separazione dei debiti, se voleva evitare di rispondere delle obbligazioni del suo futuro sposo. Se non l'ha fatto, deve subirne le conseguenze.

La separazione dei beni è un rimedio contro i danni che si verificano durante la comunione. Se le cose restano nello stato in cui erano al momento della celebrazione del matrimonio, non vi ha alcun motivo per derogare all'immutabilità delle convenzioni matrimoniali (2). Sarebbe lo stesso se fossero stati contratti dei debiti posteriormente al matrimonio. I debiti, per sè soli, non sono una prova di disordine e non ispirano nessun timore per l'avvenire. Bisogna vedere a quale scopo sono stati contratti. Può darsi, che, invece di essere un segno di rovina, essi estendano il credito del marito favorendo le sue intraprese. Ma se i debiti fomentassero rovinose speculazioni, o fossero conseguenza di folli spese, vi sarebbe disordine e timore d'insolvibilità.

228. I timori d'insolvibilità non basterebbero per giustificare la separazione dei beni. La legge esige che l'insufficienza dei beni del marito comprometta le riprese della moglie. Se la moglie avesse delle garanzie per esercitare i suoi diritti contro il marito, non potrebbe chiedere la separazione, qualunque fosse il disordine de' suoi affari, perchè non si potrebbe dire che le riprese sono in pericolo. La moglie ha un'ipoteca legale pei suoi diritti e riprese. Se questa ipoteca le dà piena garanzia, essa non potrà domandare la separazione dei beni, poichè il pagamento delle sue riprese è assicurato (3).

Bisogna però fare una riserva a questa decisione. Alludiamo alla seconda causa per la quale la separazione può essere domandata, il pericolo delle riprese. È certo che, se

---

(1) Rouen, 30 agosto 1856 (DALLOZ, 1857, 2, 99).
(2) Rigetto, sezione civile, 15 luglio 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 321).
(3) TOULLIER, t. VII, 1, p. 34, n. 29. TROPLONG, t. I, p. 386, n. 1324.

non vi è pericolo, la separazione non può essere domandata per questo titolo. Ma potrebbe esserlo per la dote, se questa fosse in pericolo, e la dote può essere in pericolo nel senso giuridico della parola, malgrado l'ipoteca legale. Supponiamo che il marito abbia più debiti che beni. Ciò non compromette le riprese della moglie se la sua ipoteca legale è anteriore a quelle degli altri creditori. Ma questa situazione metterà la dote in pericolo, perchè i creditori possono sequestrare i mobili dotali e i redditi dei beni proprii della moglie, ovvero il marito può adoperare i redditi per pagare gl'interessi dei debiti, il che gli renderà impossibile di provvedere ai bisogni della famiglia. In tal senso, la dote della moglie sarà messa in pericolo e, per conseguenza, essa potrà chiedere la separazione. Questo prova che bisogna distinguere le due cause per cui la legge permette di domandare la separazione dei beni. Lo avvertono gli stessi scrittori i quali insegnano che le due cause si confondono. Colmet de Santerre dice benissimo: « Se la causa della separazione è la dissipazione dei redditi dei beni proprii della moglie o dei prodotti del suo lavoro, l'ipoteca legale non fa ostacolo alla separazione, perchè il marito non è debitore per questo titolo e, per conseguenza, l'ipoteca è indifferente ». La dote mobiliare non è restituita, come non lo sono i prodotti del lavoro. Non è dunque il caso di separazione per insufficienza dei beni del marito, il che però non impedisce che queste risorse vengano stornate dalla loro destinazione quando il marito ha dei debiti che assorbono i suoi redditi. L'ipoteca legale impedisce, in questo caso, alla moglie di domandare la separazione per pericolo delle riprese, ma non le vieterà di domandarla pel pericolo della dote (1).

Vi è un'altra osservazione a fare in quanto concerne la garanzia dell'ipoteca legale. Secondo il nostro sistema ipotecario, l'ipoteca legale della moglie è soggetta alle regole della specialità e della pubblicità. La moglie non avrà dunque ipoteca per le sue riprese che dal giorno in cui avrà preso iscrizione. Ora, essa non può prendere iscrizione per un credito che non esiste. Dunque non ha ipoteca per le riprese future, ma soltanto per le riprese esistenti al momento dell'iscrizione. Ne consegue che la moglie potrà essere postergata a creditori anteriori. Dunque l'ipoteca legale non impedirà sempre alla moglie di domandare la separazione. Essa può agire dal momento che vi ha luogo a temere che le riprese *future* siano compromesse. Ora, essa non ha ipoteca per le riprese future finchè il relativo diritto non sia nato e l'inscrizione non sia presa. E in quel momento la moglie sarà preceduta dalle inscrizioni anteriori. Dobbiamo però soggiungere che la cosa è controversa e dubbia.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 235, n. 91 *bis* XII.

229. Che dovrà dirsi se le riprese della moglie sono garantite da un'ipoteca convenzionale? Dal momento che vi è piena garanzia pel pagamento delle riprese, non si può più dire che vi sia luogo a temere che i beni del marito siano insufficienti a soddisfare le ragioni della moglie. Bisogna dunque applicare all'ipoteca convenzionale ciò che abbiamo detto dell'ipoteca legale (1).

Vi ha una sentenza della Corte di cassazione che pare contraria. La Corte d'appello constata in fatto che la dote di sessantamila lire era stata dissipata e che il marito non si trovava in grado di soddisfare i diritti e le riprese della moglie. Essa respinse tuttavia la domanda di separazione fondandosi sopra una garanzia ipotecaria fornita dal padre del convenuto. Non si vede, dalla sentenza, sotto qual regime i coniugi erano maritati. Sotto il regime di comunione non può parlarsi della restituzione d'una dote mobiliare. Dunque, per questo titolo, non poteva farsi luogo a separazione di beni. Poteva solamente esservi pericolo per la dote, nel senso che, essendo la dote dissipata, il marito non poteva più adoperarla per la sua destinazione legale. La sentenza di cassazione non si esprime su questo punto, di guisa che, in sostanza, non si sa che cosa la Corte suprema abbia voluto dire. Essa osserva che la legge fa dipendere il diritto di ottenere la separazione dei beni, non dalle eventualità più o meno certe della *restituzione* della dote al termine del matrimonio, ma dal fatto della *cattiva amministrazione* del marito, in conseguenza della quale la dote si trova attualmente compromessa, e tanto più se la dote è dissipata (2). Se con queste parole vuol dire che la moglie domandava la separazione per *pericolo della dote* nel senso legale della parola, la Corte ha ragione. Ma allora era inutile parlare della restituzione della dote e delle garanzie che l'assicurano, perchè i frutti della dote appartengono al marito e non devono essere restituiti sotto nessun regime. Solo che i redditi della moglie hanno una destinazione legale. Se il marito li dissipa, la moglie può chiedere la separazione.

Una sentenza della Corte d'Orléans distingue nettamente ciò che la Corte di cassazione sembra confondere. Altra cosa è la dote, altra le riprese. Le riprese vengono esercitate allo scioglimento del matrimonio o della comunione. Esse hanno per oggetto di garantire alla moglie la proprietà dei suoi beni. Se la moglie ha questa garanzia in un'ipoteca legale o in altra ipoteca, non potrà chiedere la separazione fondandosi sull'insufficienza dei beni del marito. La dote, al contrario, sotto il regime della comunione, non è restituita. Essa ha una desti-

---

(1) Cfr. TROPLONG, t. I, p. 387, n. 1328, che in fondo ha ragione, ma che confonde tutto.

(2) Cassazione, 27 aprile 1847 (DALLOZ, 1847, 1. 125).

nazione legale, quella, cioè, di provvedere alle spese della famiglia, al mantenimento e all'educazione dei figli. Se la dote viene stornata da questa destinazione, è in pericolo, secondo il linguaggio del codice, e, per conseguenza, la moglie può domandare la separazione dei beni (1).

230. Vi hanno fatti i quali modificano più o meno i rapporti pecuniari dei coniugi e alterano anche le convenzioni matrimoniali. Può conseguentemente la comunione essere sciolta di pieno diritto, o può esserlo almeno sulla domanda della moglie?

Il fallimento del marito autorizza la moglie a domandare la separazione dei beni. È sottinteso che la dote corre pericolo, per meglio dire, è già perita, poichè i creditori si impadroniscono dell'attivo della comunione. Non è questa una ragione per dichiarare sciolta la società coniugale? No, perchè il principio è che le convenzioni matrimoniali non sono rotte che per le cause determinate dalla legge. Ora, il codice non pone il fallimento fra le cause di scioglimento (art. 1441). Questo è decisivo, perchè non può esservi scioglimento di pieno diritto che in virtù della legge. Però uno stimato scrittore scrive che il fallimento opera di pien diritto lo scioglimento della comunione. Come mai, si dice, conserverebbe il marito l'amministrazione dei beni della moglie quando ha perduto l'amministrazione dei beni proprii, ed a qual titolo potrebbe avere il godimento di frutti inerenti a pesi che non può più sostenere? (2). È verissimo che la condizione del marito è gravemente alterata e, in teoria, se ne potrebbe conchiudere che il contratto di comunione è rotto (articolo 1865, 4.°). Gli è così della società ordinaria. Ma la comunione va soggetta a regole speciali. Non è l'art. 1865 che decide la questione, ma l'art. 1441, e il silenzio della legge, in quanto concerne il fallimento, non permette di sostenere che la comunione è sciolta di pieno diritto. Non basta. L'art. 1446 implica che la comunione sussiste in caso di fallimento del marito. Se fosse sciolta, la legge non avrebbe bisogno di ricorrere ad una finzione per considerare la comunione come sciolta a riguardo dei creditori. La finzione prova che la comunione sussiste fra i coniugi, a malgrado del fallimento. L'opinione di Rodière e Pont è rimasta isolata, perchè noi non prendiamo sul serio ciò che dice Troplong, che la separazione ha *in certo qual modo* luogo di pien diritto quando il marito cade in fallimento (3). Che cosa vuol dire uno scioglimento *in certo qual modo*? Nulla. La giurisprudenza ammette la moglie a domandare la separazione in caso d'insolvenza e in caso di fallimento,

---

(1) Orléans, 7 agosto 1845 (Dalloz, 1846, 2, 114). Cfr. Montpellier, 20 gennaio 1852 (Dalloz, 1852, 2, 170).

(2) Rodière e Pont, t. III, p. 605, n. 2106.

(3) Troplong, t. I, p. 405, n. 1395.

ma non si è mai preteso davanti ai tribunali che la comunione fosse sciolta di pien diritto (1).

231. Lo stato di demenza del marito autorizza la moglie a domandare la separazione dei beni? Finchè la demenza del marito non è legalmente constatata dalla sua interdizione, non può parlarsi d'uno scioglimento di pien diritto. È molto dubbio anche che la moglie possa, per questo titolo, domandare la separazione. Dal tribunale della Senna è stata giudicata l'affermativa. Il tribunale dice che lo stato di demenza costituisce un pericolo incessante per la moglie, sia in quanto concerne la sua dote, sia in quanto concerne le sue riprese. Infatti, il marito incapace d'amministrare deve necessariamente compromettere gli interessi della comunione e quelli della moglie. È per questa considerazione che la legge vuole che sia interdetto. L'interdizione ha unicamente per oggetto di tutelare gli interessi della famiglia e della persona alienata. Gli è quanto dire che, senza interdizione, vi è pericolo per la moglie (2). Un altro tribunale si è pronunciato per l'opinione contraria (3). In teoria, noi preferiamo la decisione del tribunale della Senna. Non è al marito pazzo che il contratto di matrimonio ha affidato l'amministrazione della comunione e dei beni personali della moglie. Lasciare un potere assoluto nelle mani di un uomo che non gode della sua ragione è provocarne gli abusi. D'altronde questo fatto che sopravviene durante la comunione cambia radicalmente la situazione delle parti contraenti. La domanda del marito rompe la società di fatto, e quindi la legge dovrebbe permettere di romperla in diritto. Ma non si tratta di quello che il legislatore avrebbe dovuto fare, si tratta di sapere ciò che ha fatto. Esso ha dichiarato la comunione irrevocabile, e non ha permesso lo scioglimento che in base a sentenza del giudice pronunciata per le cause previste nell'art. 1443. Invano si dice che la legge non è restrittiva. Lo ammettiamo. In fatto, la moglie potrà domandare la separazione provando che la demenza del marito ha per effetto di mettere in pericolo la sua dote o le sue riprese. Ma tocca a lei darne la prova. Dire che vi è pericolo pel fatto solo che il marito è demente è dispensare la moglie dalla prova mediante una presunzione. Può l'interprete creare presunzioni e invertire l'ordine delle prove stabilito dalla legge?

232. Che dovrà dirsi se il marito è interdetto? La questione è la stessa. In teoria, vi sarebbe un motivo di più per disciogliere la società dei beni che esiste fra coniugi. La moglie si è as-

---

(1) Liegi, 25 novembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 229), 3 luglio 1830 (*ibid.*, 1830, p. 170). Gand, 31 dicembre 1859 (*ibid.*, 1860, 2, 86).

(2) Sentenza del tribunale della Senna, 18 marzo 1868 (DALLOZ, 1868, 3, 23), e 25 agosto 1868 (DALLOZ, 1870, 3, 79).

(3) Lione, 15 gennaio 1868 (DALLOZ, 1868, 31).

sociata col suo futuro sposo, ed ecco che si nomina un tutore al marito e, per conseguenza, la moglie si trova associata col tutore. Il contratto, rotto in fatto, dovrebbe essere rotto in diritto. Ma il codice non consacra questa teoria. L'art. 1441 non pone l'interdizione fra le cause che sciolgono la comunione, e l'art. 1443 non permette di sciogliere la che quando i diritti della moglie sono in pericolo. Spetta a lei darne la prova. Dire che la prova esiste pel fatto solo dell'interdizione è creare una presunzione che la legge ignora. Tanto la dottrina (1) quanto la giurisprudenza (2) sono divise, e si comprende, perchè vi ha conflitto fra lo spirito e il testo della legge. Ma, nella specie, il testo, per meglio dire il silenzio della legge, deve prevalere. Quanto si vuol chiamare spirito della legge non sono che considerazioni rivolte al legislatore.

Non parliamo dell'interdizione legale. Essa non esiste più nel Belgio (t. I, n. 404). In diritto francese la questione è controversa. A nostro avviso devesi applicare all'interdizione legale quanto abbiamo detto dell'interdizione giudiziaria (3).

233. Crediamo che si debba dire altrettanto dello stato di contumacia. Vi sono eccellenti ragioni per permettere alla moglie di domandare la separazione dei beni per questo titolo. La sentenza ha per effetto di mettere i beni del contumace sotto sequestro e di affidarne l'amministrazione al fisco. Ecco certo una rottura del contratto di matrimonio. Si dovrebbe dunque permettere alla moglie di domandare lo scioglimento della comunione (4). Ma il codice non ha posto la contumacia fra le cause di scioglimento, e la separazione giudiziaria non può essere pronunciata che sulla prova fornita dalla moglie che la sua dote e le sue riprese sono in pericolo. Ora, non vi ha più alcun pericolo quando è una pubblica amministrazione che amministra i beni. Sta però sempre che la moglie non ha interesse ad associarsi col fisco. Vi è una lacuna nella legge. Noi la segnaliamo al legislatore.

N. 4. — Delle eccezioni d'inammissibilità.

234. I mariti hanno tentato di respingere le domande di separazione con eccezioni d'inammissibilità. Nessuna di siffatte eccezioni è stata ammessa, nè poteva esserlo, sebbene l'equità

---

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 396, nota 16, § 516, e le autorità che citano. In senso contrario, DE FALLEVILLE nella *Rivista critica*, 1870, t. XXXVI, p. 481.

(2) Lione, 11 novembre 1869 (DALLOZ, 1870, 2, 69). Parigi, 18 marzo 1870 (DALLOZ, 1870, 2, 102). Cfr. Lione, 20 giugno 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 152). In senso contrario, sentenza del tribunale della Senna, 18 marzo 1868 (DALLOZ, 1868, 3, 23).

(3) AUBRY e RAU, t. V, p. 393, nota 17, § 516, e gli scrittori, in senso diverso, che citano.

(4) È il parere di RODIÈRE e PONT, t. III, p. 603, n. 2104, seguito, quantunque con esitazione, da AUBRY e RAU, t. V, p. 393, nota 18, § 516.

sembrasse intercedere a favore dei mariti. La legge dà alla moglie il diritto di domandare la separazione. Questo diritto è inerente all'essenza stessa della comunione, regime sotto il quale il marito ha tutti i poteri e la moglie non ne ha alcuno. Come contrappeso a tale assolutismo, la legge permette alla moglie di rompere l'associazione coniugale, quando i fatti attestano che la comunione non risponde più allo scopo pel quale è stato contratto. Se si permettesse al marito di respingere la domanda di separazione con una eccezione d'inammissibilità, s'impedirebbe alla moglie di esercitare il suo diritto. Solo il legislatore, che dà questo diritto, potrebbe determinare i casi nei quali la moglie non fosse ammessa ad esercitarlo. Ora, la legge non stabilisce alcuna eccezione d'inammissibilità, e quindi non ne esiste alcuna.

235. Il marito pretende che la moglie non può essere ammessa a domandare la separazione dei beni, perchè le operazioni che hanno convertito il suo patrimonio e quello della moglie in crediti litigiosi e irrealizzabili sono state fatte dietro i suoi consigli ed eccitamenti, perchè cercava di favorire la sua famiglia a spese del marito. Questa tesi, sostenuta davanti la Corte di Gand dal marito stesso in persona, non trovò favore. La Corte gli risponde che, secondo il sistema del codice, solo il marito è capo della comunione, ch'egli solo l'amministra e ne dispone senza il consenso della moglie, ch'egli solo è amministratore anche dei beni della moglie. Signore e padrone, come dicevano le nostre consuetudini, egli deve subire le conseguenze della sua assoluta autorità. S'egli amministra da solo, sarà pure unico responsabile della sua gestione. Che se ascolta e segue i consigli della moglie, se l'ammette a concorrere nella sua gestione, lo fa a suo rischio e pericolo. Legalmente, la moglie è fuori di questione. Nessuna responsabilità potrebbe pesare su di lei. Per conseguenza non si può dichiararla inammissibile quando esercita il suo diritto chiedendo la separazione (1).

236. Accade sovente che il disordine degli affari del marito provenga da spese che eccedono la sua sostanza, e queste spese è la moglie che le fa, è dessa che vi spinge il marito. Quando di poi viene a domandare lo scioglimento della comunione, certamente ha torto d'imputare al marito le folli spese ch'essa stessa ha provocato. Eppure anche il marito è in colpa. Egli è il padrone, e quindi ha il dovere di non permettere spese eccessive, perchè sa che le conseguenze ricadranno su lui e che la moglie, dopo averlo rovinato, potrà domandare lo scioglimento di una società di cui essa ha cagionato la rovina (2). Ciò è senza dubbio duro,

---

(1) Gand, 15 gennaio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 363).

(2) Angers, 22 febbraio 1828 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1655). RODIÈRE e PONT, t. III, p. 597, n. 2094. AUBRY e RAU, t. V, p. 394, nota 28, § 516.

e Troplong non ha torto di reclamare in nome dell'equità contro questo rigore. Si dice che il marito non può trovare una eccezione d'inammissibilità nella sua debolezza ed inerzia. Sia pure. Ma la moglie può trovare un principio d'azione nella sua condotta sregolata? (1). La risposta è che il marito ha il potere, e che deve usarne per frenare il piacere del lusso che lo condurrà infallantemente alla rovina. Chi è unico padrone è pure solo responsabile.

237. La moglie abbandona il domicilio coniugale. Può il marito opporle questo fatto come eccezione d'inammissibilità contro la domanda di separazione? No, secondo il parere unanime degli scrittori (2) e secondo la giurisprudenza (3). La moglie viola veramente il suo dovere rifiutando di abitare col marito. Avanti la Corte di Bruxelles le si è opposta questa violazione di una obbligazione legale come una eccezione d'inammissibilità risultante dalla natura dei contratti sinallagmatici. La parte che manca ai sui impegni non può domandare la risoluzione della convenzione. Le si opporrebbe l'eccezione *non adimpleti contractus*. Non si può dire altrettanto della moglie che viene a domandare lo scioglimento della società coniugale, quando essa stessa l'ha rotta di fatto? La Corte risponde che l'argomento confonde le due società che esistono fra i coniugi. Il dovere della costituzione riguarda la società delle persone e non ha nulla di comune colla società dei beni. Quando si tratta della società dei beni, non si può rimproverare alla moglie di aver mancato ad una obbligazione perchè durante la comunione essa non ha nè obbligazioni nè diritti. Se abbandona il domicilio coniugale, manca ai suoi doveri di donna maritata, il che può dar motivo contro di essa ad una domanda di divorzio o di separazione personale, ma non viola un obbligo della moglie in comunione di beni. Ogni diritto appartiene al marito, ed egli solo ha degli obblighi. Ecco perchè la separazione dei beni non può essere domandata dal marito, ma può essere domandata contro di lui (4). A maggior ragione il marito non può rimproverare alla moglie d'avere abbandonato il domicilio coniugale quando la sua cattiva condotta o le sevizie di cui si è reso colpevole l'hanno costretta a fuggire da un domicilio in cui non trovava più nè sicurezza nè onore (5). Che se la moglie ha abbandonato il domicilio coniugale senza che nessuna colpa possa rimproverarsi al marito, questi ha un'azione contro di lei, ma questa azione non ha nulla di comune colla separazione dei beni

---

(1) Troplong, t. I, p. 388, n. 1334.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 394, nota 19, § 516. Rodière e Pont, t. II, p. 609, n. 214.

(3) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1667.

(4) Bruxelles, 12 dicembre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 301).

(5) Vedi le sentenze riportate nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1677.

domandata dalla moglie. Essa non può dunque esserle opposta come eccezione d'inammissibilità.

238. Si sono opposte alla moglie come eccezione d'inammissibilità anche le sottrazioni di cui si sarebbe resa colpevole e che avrebbero arrecato la rovina della comunione. Il fatto deve essere molto frequente a giudicare dalle numerose sentenze che hanno respinto questa eccezione d'inammissibilità. È apparentemente la più fondata, poichè tende a provare che la moglie è la prima causa del disordine della comunione di cui si lagna. Può essa invocare il suo delitto per fondarvi un'azione? Si risponde ch'essa non fonda la domanda di separazione sul delitto di sottrazione, ma sull'art. 1443. Spetta al marito vegliare a che la comunione non sia dilapidata nè spogliata. Si vede che la risposta è sempre la stessa. Il marito è il signore e padrone. Egli deve sopportare le conseguenze della sua autorità assoluta (1).

§ III. — *Della procedura.*

239. La procedura è estranea a questo nostro lavoro. Però vi sono eccezioni. Abbiamo dovuto trattare della procedura nel divorzio e nella separazione personale per l'intimo legame che esiste fra questa procedura e il diritto. È lo stesso della separazione dei beni. Diremo i motivi delle regole speciali che la legge stabilisce in questa materia. Le conseguenze che risultano dalla loro inosservanza sono gravi. Si tratta della nullità. Daremmo dunque un'idea incompleta della materia se ci limitassimo ai principii del puro diritto civile. Non entreremo nella discussione delle questioni di procedura, ma dobbiamo almeno esporre la dottrina ammessa dagli scrittori e consacrata dalla giurisprudenza.

240. La moglie, in materia civile, non può mai stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito (art. 215). Ma quando si tratta di domandare la separazione dei beni contro il marito, si comprende come la legge non esiga l'autorizzazione maritale. Essa non esige nemmeno l'autorizzazione giudiziaria propriamente detta, vale a dire l'autorizzazione del tribunale. A termini dell'art. 865 del codice di procedura, « nessuna domanda per separazione di beni potrà essere proposta senza una preventiva autorizzazione che il presidente del tribunale dovrà dare sulla richiesta che gli sarà all'uopo presentata. Potrà tuttavia il presidente, prima di accordare l'autorizzazione, fare quelle osservazioni che crederà opportune ». Così il presidente sostituisce il tribunale, e la sua autorizzazione tien luogo di quella del

---

(1) Bruxelles, 5 maggio 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 111), e le sentenze riportate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, nn. 1678-1681. RODIÈRE e PONT, t. III, p. 609, n. 2112.

marito. La legge soggiunge che l'autorizzazione non può essere rifiutata. Per qual motivo deve essere concessa l'autorizzazione alla moglie che la domanda? Perchè la moglie esercita un diritto, ed un diritto inerente all'essenza della comunione. Bisognava dunque permetterle di agire e, per conseguenza, era inutile rivolgersi al marito o al tribunale. Se interviene il presidente, è anzitutto per sanare l'incapacità della moglie, e poi perchè è incaricato di farle delle osservazioni, dice l'art. 865. Una domanda che non fosse fondata getterebbe la disunione nella famiglia. Il presidente deve dunque informarsi dei motivi pei quali la moglie domanda la separazione e darle a proposito quei consigli che la prudenza comanda (1).

Si è preteso che, oltre l'autorizzazione del presidente, che l'art. 865 esige come misura *preventiva*, la moglie dovesse ottenere l'autorizzazione *definitiva* del marito. La giurisprudenza ha respinto questa interpretazione contraria tanto al testo quanto allo spirito della legge. Se fosse richiesta l'autorizzazione del marito, la legge non avrebbe fatto intervenire il presidente per autorizzare la moglie. E se la legge vuole per principio che la moglie sia autorizzata, è perchè il marito può rifiutare l'autorizzazione. Se è costretto a darla, è inutile domandarla. Non si tratta che d'una formalità, ma costituisce conveniente che sia adempiuta dal presidente anzichè dal marito (2).

L'autorizzazione richiesta per sanare l'incapacità della moglie è, di regola, speciale. Essa non abilita la moglie che a fare l'atto pel quale è stata accordata. Non così dell'autorizzazione che il presidente dà alla moglie per chiedere la separazione. La Corte di cassazione ha giudicato che questa autorizzazione abilita la moglie ad agire in tutti i gradi di giurisdizione. Anzi la Corte di Bruxelles ha deciso che la moglie poteva, in virtù dell'autorizzazione del presidente, domandare la liquidazione dei suoi diritti, essendo la liquidazione una conseguenza necessaria della domanda di separazione (3). La ragione giuridica sta in ciò che l'autorizzazione non costituisce che una formalità. Essa non può essere rifiutata, e quindi è inutile rinnovarla.

241. Non è soltanto l'introduzione della domanda di separazione che va soggetta a regole speciali. Tutta la procedura è governata da regole particolari. La ragione si è che l'esperienza di tutti i tempi prova come le separazioni di beni hanno sovente per scopo di frodare i creditori, togliendo loro la garanzia che hanno nella dote della moglie. La legge doveva vegliare a che la separazione fosse seria, e dare ai creditori il mezzo di

---

(1) Rodière e Pont, t. III, p. 616, nn. 2122 e 2123. Lione, 22 marzo 1836 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1719).

(2) Rigetto, sezione civile, 15 luglio 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321). Gand, 26 dicembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 286).

(3) Sentenza precitata (nota 2) e Bruxelles, 27 marzo 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 242).

combatterla quando abbia per oggetto di frustrarli. Abbondano disgraziatamente i casi di frode, e, cosa notevole, simili lagnanze sono specialmente frequenti in quello che si chiama il buon tempo antico. « È noto, dice Pouillain du Parc, che *quasi tutte le separazioni di beni sono collusive* fra il marito e la moglie, in danno dei creditori ». Le separazioni, dice Bourjon, essendo *quasi sempre* spauracchi di cui i debitori ingiusti si servono per non pagare i creditori e mettere i mobili al coperto della loro azione, erano riguardate con poco favore (1). Berlier constata l'abuso nella Esposizione dei motivi. Parlando della separazione dei beni egli dice: « Questa parola non poteva essere pronunciata senza ricordare le frodi che si sono al riguardo troppo di frequente commesse, ma non era possibile respingere tutte le separazioni di beni perchè ve ne sono state talvolta di fraudolente. Di quale istituzione non si è abusato? ». È certo che l'abuso è divenuto più raro, precisamente perchè la legge ha moltiplicato le garanzie in favore dei creditori. Questi reclamano sovente perchè i loro interessi sono lesi da ogni separazione, quantunque fatta in buona fede, ma avviene di rado che l'autorità giudiziaria li ascolti. Non sarebbe questa una prova che la moralità progredisce, e che noi ci facciamo una strana illusione sul buon tempo antico?

N. 1. — La domanda.

242. La domanda di separazione deve essere resa pubblica. Quando la legge prescrive la pubblicità, è sempre nell'interesse dei terzi. Questi sono sommamente interessati alla pubblicità della domanda di separazione dei beni. La legge dà ai creditori del marito il diritto d'intervenire in causa per contestare la domanda della moglie (art. 1447). Occorre dunque che essi sappiano che l'azione è intentata. Anche quelli che non sono ancora creditori, ma che vorrebbero contrattare col marito, hanno interesse di sapere se è stata contro di lui proposta un'azione di separazione, perchè, se la separazione è pronunciata, ha effetto a partire dal giorno della domanda (art. 1445). In conseguenza di questa retroattività, la moglie può impugnare gli atti del marito posteriori all'introduzione della domanda. I terzi devono dunque essere prevenuti affinchè possano tutelare i loro interessi. Ecco perchè la legge vuole che la domanda sia pubblicata sui giornali. È la pubblicità voluta dai tempi moderni, ed è ben più efficace di quella che si fa mediante affissione nelle sale d'udienza dei tribunali.

243. Quali sono le forme prescritte per la pubblicità? Rimandiamo su questo punto agli articoli 866-868 del codice di

(1) TOULLIER, t. VII, 1, p. 67, n. 75.

procedura. L'art. 869 soggiunge: « Non potrà essere, salvo gli atti conservativi, pronunciata, sulla domanda di separazione, alcuna sentenza se non un mese dopo l'osservanza delle formalità qui sopra prescritte ». Un certo lasso di tempo è necessario perchè i creditori, avvertiti dalla pubblicità della domanda, raccolgano le informazioni che permettono loro di giudicare se la domanda è seria o se è fatta in frode dei loro diritti. Se la domanda potesse essere decisa immediatamente, si favorirebbe la frode. Il tribunale deciderebbe senza essere illuminato dall'opposizione dei creditori. È vero che la legge permette ai creditori d'impugnare la separazione pronunciata in frode dei loro diritti, quand'anche non fossero intervenuti in causa, ma è meglio prevenire una separazione fraudolenta che essere obbligati ad annullarla (1).

L'art. 869 sanziona l'osservanza di queste formalità sotto pena di nullità, la quale può essere opposta dal marito o dai suoi creditori. Quando è in causa l'interesse dei terzi, la legge pronuncia d'ordinario la nullitá, perchè l'interesse dei terzi è interesse pubblico. Ritorneremo più avanti su questo punto.

244. Pothier dice che il giudice non deve pronunciare la separazione se non dopo che la moglie avrà dato la prova dei fatti che servono di fondamento alla sua domanda. È il diritto comune, ed è pure il diritto comune che determina la natura delle prove. Vi ha però un'eccezione. Quando, in materia civile, il convenuto riconosce la legittimità della domanda, l'attore vince la causa, poichè la confessione giudiziale forma piena prova contro colui che l'ha fatta (art. 1356). Basterebbe quindi la confessione del marito per far ammettere la separazione? No. Quand'anche, dice Pothier, il marito avesse confessato i fatti che servono di fondamento alla domanda della moglie, il giudice deve egualmente esigere che la moglie ne dia la prova. È una conseguenza del principio che vieta le separazioni volontarie. Non potendo la separazione farsi col consenso delle parti, è necessario, per evitare la collusione fra il marito e la moglie, che i fatti siano da quest'ultima giustificati indipendentemente dalla confessione del marito. L'opinione di Pothier è consacrata dal codice di procedura (art. 870) (2).

N. 2. — Della sentenza.

245. « Ogni separazione di beni deve, prima della sua esecuzione, essere resa pubblica » (art. 1445). Perchè la legge prescrive la pubblicità della sentenza che pronuncia la separazione? Pothier ne dà una ragione assolutamente decisiva. La separazione

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 46, n. 49. Rodière e Pont, t. III, p. 620, n. 2131.
(2) Pothier, *Della comunione*, n. 515. Aubry e Rau, t. V, p. 394, nota 21, § 516.

dei beni porta un considerevole cambiamento nello stato della moglie. Essa riprende la *libera* amministrazione dei suoi beni, ossia è sciolta dalla podestà maritale per tutto quanto concerne l'amministrazione dei beni medesimi. Essa può disporre dei suoi mobili, può obbligarsi senza autorizzazione maritale o giudiziaria. Essa riprende inoltre il godimento dei suoi beni e, per conseguenza, il marito ne è privato. I terzi che contrattano col marito o colla moglie hanno un grande interesse a conoscere i cambiamenti che la separazione produce nei diritti del marito e nello stato nella moglie. Inoltre i creditori del marito possono impugnare la separazione che fosse stata fatta in frode dei loro diritti. La pubblicità della sentenza che pronuncia la separazione li avverte. Infine, i creditori hanno facoltà d'impugnare l'esecuzione della sentenza se vien fatta in frode dei loro diritti. Ecco un altro motivo per dare la maggior pubblicità alla sentenza del giudice, pubblicità che li avverte di vegliare ai proprii interessi (1).

246. Il modo della pubblicità ò determinato dall'art. 1445, completato dall'articolo 872 del codice di procedura. Secondo il codice civile, la sentenza deve essere affissa nella sala principale del tribunale di prima istanza e, inoltre, se il marito è banchiere o commerciante, nella sala del tribunale di commercio del luogo del suo domicilio. Il codice di procedura ordina l'affissione al tribunale di commercio anche quando il marito non è commerciante, perchè egli è necessariamente in relazione con mercanti, i quali hanno interesse a sapere s'egli vive in comunione di beni o se la comunione è stata sciolta. Inoltre il codice di procedura esige l'affissione nei locali dei consigli degli avvocati e dei notai, perchè, per la natura delle loro funzioni, essi sono chiamati a dare consigli a coloro che contrattano col marito. Vi ha però una lacuna nell'art. 872. La domanda di separazione deve essere resa pubblica per mezzo dei giornali, mentre la legge non prescrive l'inserzione nei giornali della sentenza che pronuncia la separazione. È una dimenticanza del legislatore, perchè non vi alcun motivo di distinguere fra la sentenza e la domanda. Di fatto la pubblicazione della sentenza ha luogo per mezzo dei giornali, ma siccome la legge non la prescrive formalmente, non si potrebbe pronunciare la nullitá per l'inosservanza di questa formalità, non potendo la pena della nullità estendersi per via di analogia (2).

247. L'art. 1445 pronuncia la nullità dell'esecuzione quando la sentenza non sia stata pubblicata. Questa sanzione va estesa all'inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 872 del codice di procedura? Vi ha un motivo di dubitare, il motivo, cioè, che le nullità non si estendono. In materia di procedura vige il

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 517. DEMANTE, t. V, p. 241, n. 93.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 241, n. 93 *bis* I e II.

principio che nessun atto può essere dichiarato nullo se la nullità non è formalmente pronunciata dalla legge (art. 1030). Tuttavia questi dubbi non sono prevalsi, e giustamente. Bisogna anzitutto escludere l'art. 1030, il quale non concerne che gli *atti di procedura*. Non si può chiamare atto di procedura l'affissione in un tribunale e l'inserzione nei giornali. Per di più, l'art. 872 del codice di procedura e l'art. 1445 del codice civile non formano, in realtà, che una sola disposizione, avente un unico scopo, la pubblicità. Può concepirsi che la pena della nullità sanzioni uno degli elementi della pubblicità e non l'altro? Queste ragioni non sarebbero forse sufficienti, ma ve ne hanno altre che sono decisive. L'art. 872 soggiunge in fine: « Il tutto senza pregiudizio delle disposizioni portate dall'art. 1445 del codice civile ». Ora, l'art. 1445 ordina la pubblicità della sentenza sotto pena di nullità dell'esecuzione. Questa nullità colpisce dunque ogni inosservanza delle forme prescritte per la pubblicità, quelle dell'art. 1445 completate da quelle dell'articolo 872. Si possono invocare anche i termini stessi dell'articolo 872, i quali sono concepiti in una forma che implica nullità. Tale è la giurisprudenza (1), e tale è pure la dottrina (2).

248. La separazione dei beni risultante dalla separazione personale deve essere resa pubblica? A termini dell'art. 880 del codice di procedura, un estratto della sentenza che pronuncia la separazione deve essere pubblicato *come è detto nell'articolo 872*. Ciò è prescritto a pena di nullità? La Corte di cassazione equipara la separazione dei beni risultante dalla separazione personale alla separazione dei beni chiesta dalla moglie e, in teoria, questa assimilazione è perfettamente esatta, almeno in quanto concerne la pubblicità della sentenza. Vi ha la identica ragione se si ammette che la sentenza retroagisce in entrambi i casi. Anche astrazion fatta dalla retroattività, l'interesse dei terzi esige la pubblicità (t. III, n. 339). Ma la questione della nullità presenta una difficoltà speciale. L'art. 880 non fa che rimandare all'art. 872, e l'art. 872 rinvia all'articolo 1445 del codice civile. Se ne può conchiudere, come fa la Corte Suprema, che l'art. 1445 è applicabile alla separazione personale? (3). Ci pare dubbio. Però noi ammettiamo la nullità, perchè, come abbiamo detto (n. 247), l'art. 872 la stabilisce implicitamente.

---

(1) Vedi, fra altre sentenze, Caen, 15 luglio 1828 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1779), e Amiens, 25 dicembre 1825 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1777). Cfr. *Pasicrisie*, 1861, 2, 301 in nota sulla requisitoria dell'avvocato generale DONNY.

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 396 e nota 26. RODIÈRE e PONT, t. III, p. 625, numero 2143.

(3) Rigetto, 14 marzo 1837 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1792).

N. 3. — L'esecuzione della sentenza.

249. La sentenza che pronuncia la separazione dei beni deve essere eseguita, sotto pena di nullità, nel termine e nelle forme prescritte dall'art. 1444. È un'altra regola speciale alla nostra materia. Secondo il diritto comune, chi ha ottenuto una sentenza è libero di eseguirla quando vuole. Egli può accordare una dilazione al convenuto. La legge si rimette, in proposito, all'interesse delle parti. Perchè non è così della sentenza di separazione? Essa deve essere eseguita entro quindici giorni e nel modo determinato dalla legge, altrimenti tutto è nullo. Il legislatore così dispone perchè teme le separazioni simulate e fraudolente. Se vi ha realmente pericolo per la dote o per le riprese, la moglie si affretterà ad eseguire la sentenza, affine di prevenire la completa dissipazione della comunione e dei beni del marito. Ma se, invece di affrettare l'esecuzione, la moglie non agisce, che cosa si dovrà conchiudere dalla sua inazione? Che la sua dote e le sue riprese non sono in pericolo. La separazione non è dunque seria, essa può nascondere la frode. La moglie potrebbe intendersi col marito per ingannare i terzi coll'apparenza d'una comunione realmente sciolta, salvo poi ad opporne loro lo scioglimento quando volessero agire contro la comunione. La legge previene queste frodi esigendo l'esecuzione immediata e seria delle sentenze (1).

250. La disposizione dell'art. 1444 è assoluta, e deve essere eseguita in tutti i casi in cui vi è separazione di beni, anche quando esistesse dichiarazione di fallimento. Così è stato giudicato dalla Corte di Bruxelles (2). Però l'art. 1444 non si applica alla separazione di beni che risulta dalla separazione personale. Non vi ha alcun articolo dei nostri codici, nè esiste motivo da cui si possa indurre che l'articolo 1444 è applicabile alla separazione personale. Non è per il pericolo della sua dote e delle sue riprese che la moglie domanda la separazione personale. E come potrebbe supporsi una intesa fra i coniugi quando l'odio li divide e la loro inimicizia viene a scoppiare in una causa scandalosa? Le ragioni speciali che motivano l'articolo 1444 sono dunque estranee alla separazione dei beni che risulta, come conseguenza, dalla separazione personale (3).

251. Si è creduto che l'art. 872 derogasse al codice civile. Il codice di procedura vuole che un estratto della sentenza sia esposto per un anno nella sala d'udienza dei tribunali di prima istanza e di commercio, come pure nei locali dei consigli degli

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 236, n. 92 *bis* I.

(2) Bruxelles, 14 marzo 1855 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 38).

(3) Bordeaux, 4 febbraio 1811 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1802). Liegi, 11 maggio 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 353).

avvocati e notai. Dopo aver prescritto queste formalitá, l'articolo 872 soggiunge: « La moglie non potrà cominciare l'esecuzione della sentenza se non dopo compiute le sopraddette formalitá, *senza però che sia necessario aspettare che sia trascorso il suddetto termine di un anno* ». Se l'esecuzione deve farsi entro quindici giorni, sotto pena di nullità, non era inutile dire che la moglie può farla senza attendere che sia trascorso un anno? Ecco l'obbiezione. Essa non ha arrestato la dottrina e la giurisprudenza. Si ammette difficilmente che il codice di procedura deroghi al codice civile, non facendone i due codici che un solo dal punto di vista dei principii. Una deroga formale non esiste, e non si potrebbe dunque ammetterla se non nel caso che vi fosse incompatibilità fra gli articoli 872 e 1444. Ora, queste disposizioni si conciliano benissimo. L'esecuzione deve farsi entro i quindici giorni. È quello che vuole il codice civile. Un estratto della sentenza deve rimanere esposto per un anno agli occhi del pubblico. È quello che vuole il codice di procedura. La moglie esporrà l'estratto ed eseguirà la sentenza nei quindici giorni. Si domanderà: a quale scopo allora l'ultima parte dell'art. 872? È una spiegazione. Si sarebbe potuto credere che la sentenza non avesse potuto essere eseguita che dopo trascorso il termine di un anno. La legge dice che si può eseguirla prima. Quando deve essere eseguita? Su questo punto l'art. 872 tace. Esso non deroga dunque all'art. 1444, poichè non si occupa della questione decisa da questo articolo (1).

252. L'art. 1444 vuole che la sentenza sia eseguita, o per lo meno che vi sia un principio di *esecuzione* nei quindici giorni. Non si potrebbe indurre da questo che debba esservi una esecuzione forzata della sentenza di separazione. La legge non l'esige. Essa comincia col dire che la separazione deve essere eseguita mediante il soddisfacimento reale dei diritti della moglie effettuato per atto autentico, il che suppone una esecuzione volontaria. È solamente quando il marito ricusa di eseguire la sentenza che la moglie dovrà fare atti di esecuzione cominciandoli nei quindici giorni. Tale è il diritto comune. La legge non prescrive mai di rivolgersi all'autorità giudiziaria quando le parti sono d'accordo nel fare ciò ch'essa vuole. Non vi è alcuna ragione per allontanarsi, su questo punto, dal diritto comune. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi (2).

253. L'art. 1444 deroga al diritto comune in quanto riguarda le forme. Esso vuole anzitutto che l'esecuzione sia sincera. È il timore d'una separazione fraudolenta che ha dettato tutte le

---

(1) DURANTON, t. XIV, p. 545, n. 411, e tutti gli scrittori (AUBRY e RAU, t. V, p. 397, nota 29, § 516). Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 239, n. 92 *bis* VI. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1798).

(2) TROPLONG, t. I, p. 396, n. 1360, e tutti gli scrittori. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1816).

disposizioni della legge. Il pagamento dei diritti e delle riprese della moglie deve essere *reale*, vale a dire non simulato. Quando il legislatore vuole impedire la simulazione o renderla almeno più difficile, prescrive l'intervento d'un pubblico ufficiale ed esige un atto autentico. L'autenticità è dunque una condizione per la validità dell'esecuzione. Una scrittura privata avente data certa non basterebbe. Invano si dice che in tal modo si spinge il rigore all'estremo. Troplong cita una sentenza della Corte di cassazione che sembra ammettere una interpretazione più benigna (1). Egli confessa che la Corte fa qualche violenza alla lettera della legge. Questa confessione condanna l'interprete, perchè non gli è permesso d'allontanarsi dalla legge, quando specialmente essa ha per oggetto di prevenire la frode. Se è troppo rigorosa, la si cambi, ma non si autorizzino i giudici a mettersi al disopra della legge quando la credono troppo severa.

Non bisogna però essere più rigorosi della legge. Tutto ciò ch'essa vuole è che il pagamento sia autenticamente constatato. Basta dunque che lo sia da un pubblico ufficiale autorizzato a ricevere il pagamento. Non è necessario che intervenga un notaio. É stato giudicato che il soddisfacimento dei diritti della moglie è validamente constatato quando un usciere, incaricato di notificare la sentenza, coll'animo di eseguirla, riceve ciò che il marito paga e lo constata. Infatti, i precetti sono atti giuridici emanati da un pubblico ufficiale che agisce nell'esercizio delle sue funzioni. Essi fanno prova della loro data e del loro contenuto, e rispondono quindi al voto dell'articolo 1444 (2).

Siamo obbligati di entrare in questi dettagli, perchè tutte le prescrizioni della legge sono sanzionate dalla nullità. Una moglie ottiene la separazione dei beni. Essa notifica la sentenza al marito che le restituisce la sua schirpe. Passano dieci anni senza alcun altro atto d'esecuzione. La separazione venne dichiarata nulla, perchè non era stata seguìta dal pagamento reale dei diritti della moglie (3).

254. Può darsi che il marito ricusi d'eseguire la sentenza. In questo caso si deve procedere agli atti esecutivi. La legge vuole che comincino entro i quindici giorni. Questo termine ha dato luogo ad una difficoltà. Il codice di procedura (art. 174) accorda alla moglie separata di beni un termine di tre mesi e quaranta giorni per fare inventario e per deliberare. Essa può accettare o ripudiare la comunione, ma non deve esercitare il suo diritto d'opzione se non dopo trascorso il termine legale.

---

(1) Cassazione, 23 agosto 1825 (Dalloz, v. *Vente*, n. 430). Troplong, t. I, pagina 396, n. 1360. In senso contrario, Rodière e Pont, t. III, p. 631, nota 2.
(2) Rigetto, 12 agosto 1847 (Dalloz, 1847, 1, 322).
(3) Rigetto, 28 dicembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 108).

Se la moglie ha tre mesi per fare inventario, oltre quaranta giorni per deliberare, come può essere obbligata ad eseguire la sentenza nei quindici giorni? Questa esecuzione non può farsi che quando la moglie ha optato, poichè diversi sono i suoi diritti a seconda ch'essa accetti o rinunci alla comunione. A primo aspetto pare che vi sia una radicale antinomia fra il codice civile e il codice di procedura. Una distinzione concilia i due codici, almeno in parte. Vi hanno diritti che la moglie esercita indipendentemente dalla sua opzione, come le sue riprese. Rinunci o accetti la comunione, essa riprende sempre i suoi beni proprii, o il prezzo, se sono stati venduti, e così pure i compensi dovutile dalla comunione. Qui il codice di procedura è fuori di questione. L'art. 1444 resta applicabile. La moglie deve agire nei quindici giorni. Gli è altrimenti dei diritti che non appartengono alla moglie se non quando accetta, vale a dire la sua parte nella comunione. Essa non può essere obbligata a domandare la divisione nei quindici giorni, poichè in tal modo sarebbe costretta ad optare entro questo termine, mentre ha tre mesi per fare inventario e quaranta giorni per deliberare sulla sua accettazione o sul suo rifiuto. Su questo punto il codice di procedura deroga al codice civile (1).

255. Secondo l'art. 1444, basta che gli atti esecutivi siano *cominciati* nei quindici giorni. La legge non esige che l'esecuzione sia completa. È impossibile. Dal momento che vi ha un'esecuzione forzata, occorre una sentenza che liquidi i diritti della moglie; e le sentenze non si ottengono nelle ventiquattro ore. Tuttavia la legge, sempre sospettosa, vuole che gli atti esecutivi cominciati nei quindici giorni siano continuati senza interruzione. Il solo principio degli atti esecutivi potrebbe non essere altro che un atto simulato. Se la moglie ha un interesse serio alla separazione, si guarderà bene dall'interrompere gli atti esecutivi, poichè la lentezza e le interruzioni potrebbero divenirle fatali. Quando gli atti sono interrotti, la legge presume che tutto sia simulato e annulla. Ma quando si può dire che gli atti esecutivi sono interrotti? Su questo punto la legge tace, il che vuol dire che si rimette al giudice. Infatti, la questione è più di fatto che di diritto. Gli atti esecutivi possono essere interrotti da motivi legittimi. In questo caso la separazione è mantenuta. Se, al contrario, l'interruzione non è giustificata, ne risulta che la separazione non è seria, e la legge la dichiara nulla. I motivi di giustificazione sono necessariamente lasciati all'apprezzamento del giudice (2). Citeremo alcune applicazioni tratte alla giurisprudenza.

La moglie cessa di agire contro il marito per rivolgersi contro un terzo che ne aveva sequestrato gli immobili. Questa causa

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 237, n. 92 *bis* IV.
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 398, nota 36, § 516 (4.ª ediz.).

incidentale doveva essere esaurita prima che la moglie potesse esercitare i suoi diritti sugli immobili. Si trattava dunque non tanto di una interruzione degli atti esecutivi quanto di una continuazione della esecuzione essendo la distrazione degli immobili sequestrati un preliminare indispensabile senza il quale gli atti esecutivi non potevano essere continuati (1). Ma se la moglie si contenta di sequestrare i mobili e di stendere un processo verbale negativo quando il marito possiede degli immobili, se la moglie non partecipa nemmeno alla graduatoria aperta sulla vendita degli immobili, bisogna conchiudere che la separazione non è seria. Essa venne dichiarata nulla e la decisione fu confermata da una sentenza di rigetto. Nel caso concreto non vi era alcun dubbio. La moglie era rimasta più di vent'anni senza fare atti d'esecuzione (2).

Da quanto abbiamo detto risulta che non è prescritto il tempo della durata della interruzione perchè la separazione sia nulla. Marcadé pretende che la Corte di cassazione abbia fissato il termine a un anno, e quindi fa una viva critica della decisione. Prima di censurare una sentenza bisognerebbe almeno assicurarsi di ciò che la Corte ha deciso. Ora, nella specie, è certissimo che la Corte di cassazione non ha detto quello che le si attribuisce. Essa ha giudicato in fatto che, nelle circostanze della causa, l'interruzione di meno di un anno non annullava la separazione dei beni (3).

256. L'esecuzione deve cominciare nei quindici giorni, e deve essere continuata finchè sia compiuta, perchè l'art. 1444 vuole che il pagamento sia reale *fino a concorrenza dei beni del marito.* Il marito cede alla moglie tutti i suoi mobili in pagamento dei suoi diritti e delle sue riprese. È questa un'esecuzione nel senso dell'art. 1444? Sì, quando il marito non possiede che mobili; no, quando ha degli immobili. Se la moglie non esercita gli atti esecutivi sugli immobili, la separazione sarà nulla. La legge suppone ch'essa sia simulata e fatta in frode dei terzi (4).

257. Resta a sapere che cosa s'intenda per esecuzione. La questione è importantissima, poichè, senza esecuzione la sentenza di separazione cade. Ma, siccome è una questione di procedura, ci limitiamo a constatare la dottrina e la giurisprudenza. Gli scrittori e le sentenze non sono concordi. Non si attengono forse troppo ai principii generali della procedura? Il codice civile vuole che la separazione sia sincera, e, per assicurarsi che lo sia, esige che la moglie eseguisca la sentenza. Non accade dell'esecuzione come dell'interruzione degli atti esecutivi? È innanzi

---

(1) Rigetto, 23 marzo 1818 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1838).

(2) Rigetto, 28 febbraio 1833 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, 1845). Cfr. le sentenze citate da DALLOZ, *ibid.*, nn. 1836-1847.

(3) Rigetto, 2 maggio 1831 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1843).

(4) Colmar, 30 novembre 1838 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1811). Parigi, 27 dicembre 1871 (DALLOZ, 1873, 5, 414, n. 1).

tutto una questione di fatto, perchè si tratta di sapere, in sostanza, se la separazione è seria o simulata. Ora, simili questioni sono essenzialmente di fatto. Checchè ne sia, ecco in quali termini uno dei nostri autori più precisi formula il principio fondandosi sulla dottrina e la giurisprudenza. Vi ha esecuzione quando la moglie fa notificare la sentenza al marito col precetto di eseguirla, o con citazione a comparire avanti un notaio per procedere con lei alla liquidazione dei suoi diritti. La semplice notifica della sentenza non costituisce un principio d'esecuzione. Però si aggiunge una restrizione. È così *in generale*. Questo suppone che vi siano eccezioni (1). Quando vi hanno eccezioni? Non lo si dice, e quindi è il giudice che deciderà in fatto. Lasciando al giudice l'apprezzamento dell'eccezione lo si rende padrone della regola, di modo che in sostanza tutto dipende da lui. Non sarebbe questa la ragione della varietà della giurisprudenza in tale materia?

N. 4. — Della nullità per mancanza d'esecuzione.

I. — Carattere della nullità.

258. L'art. 1444 dice: « La *separazione dei beni* è *nulla* se non è stata eseguita ». Si sono sollevate numerose contestazioni su questa nullità. Innanzi tutto occorre determinarne il carattere. La legge non dice che la procedura è nulla nè che la sentenza è nulla; essa annulla la separazione. È la stessa espressione di cui si serve parlando della separazione volontaria. Essa la dichiara nulla. Ne consegue che la nullità non è una nullità di procedura, la quale debba essere proposta prima di ogni difesa nel marito, ma un'eccezione perentoria che le parti interessate possono proporre in ogni stadio della causa (2). Ciò è pienamente razionale. Secondo lo spirito della legge, la separazione non eseguita non è seria. Essa equivale dunque ad una separazione la quale non ha altra causa che la volontà delle parti. È quanto dire ch'essa è radicalmente nulla. Tutto è nullo.

Vi ha su questo punto un'ottima sentenza della Corte di cassazione. La nullità, dice la Corte, non s'applica limitatamente alla sentenza di separazione dei beni. La legge dice che la *separazione è nulla*. Questa espressione indica che il legislatore non ha avuto in vista soltanto la sentenza, ma anche i procedimenti fatti per ottenerla, vale a dire la domanda introdotta dalle parti. È dunque questa domanda che rimane annullata, come se non fosse mai stata introdotta. Si obbiettava l'art. 156 del codice di procedura, a termini del quale le sentenze con-

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 398, note 34 e 35, § 516 (4.ª ediz.).
(2) Bordeaux, 22 gennaio 1834 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1862). Aubry e Rau, t. V, p. 400 e nota 10, § 516.

tumaciali devono essere eseguite entro i sei mesi dalla loro pubblicazione, altrimenti si riterranno come non emanate. La Corte risponde che l'art. 156, anzichè essere contrario all'interpretazione ch'essa dà all'art. 1444, la giustifica. Infatti, il codice di procedura non considera che le *sentenze*, e si limita a dire che si ritengono come non emanate, mentre l'art. 1444 si esprime tutto all'opposto e dispone in termini generali ed assoluti che la *separazione è nulla*. La Corte di cassazione aggiunge alcune considerazioni attinenti al principio fondamentale in questa materia, per cui crediamo bene di riportarle. Bisogna lasciar da parte le regole di diritto comune stabilite dagli articoli 156 e 397 del codice di procedura, perchè la domanda di separazione dei beni è retta da disposizioni speciali che derogano al diritto comune. Tali sono le formalità prescritte per la pubblicità e per l'esecuzione della sentenza. Il legislatore le ha stabilite principalmente in favore dei creditori del marito, affinchè questi potessero sventare le frodi che i coniugi intendessero commettere a loro danno. È in questo senso che bisogna interpretare la nullità della separazione pronunciata dall'art. 1444. La legge intende rimettere le parti nello stato in cui erano prima della domanda. Per conseguenza annulla questa domanda e tutte le procedure di cui è stata l'oggetto. Se, come pretendeva il ricorso, la legge non annullasse che la sentenza lasciando sussistere le procedure anteriori, ne seguirebbe che la moglie potrebbe, quando le piaccia, riassumere l'istanza. Così, quando la sentenza fosse divenuta caduca per non essere stata eseguita nei quindici giorni, la moglie potrebbe, dopo mesi ed anni, riproporre la sua domanda in giudizio con una semplice citazione e far pronunciare la separazione nel termine di qualche giorno, senza nuova pubblicità, e quindi all'insaputa dei creditori, i quali devono credere che la separazione è abbandonata. Così si renderebbero illusorie tutte le garanzie che la legge ha introdotto in favore dei terzi, e la legge stessa offrirebbe un mezzo legale di eludere le sue disposizioni. Lo spirito e il testo del codice protestano contro una simile interpretazione (1).

259. Fu sostenuto davanti la Corte di Gand che la nullità è d'ordine pubblico. Berlier dice, infatti, nell'Esposizione dei motivi, che le forme prescritte per giungere alla separazione dei beni sono reclamate dall'ordine pubblico. Questo è vero nel senso ch'esse sono stabilite nell'interesse dei terzi che è un interesse generale, e quindi d'ordine pubblico, presa questa espressione nel suo significato più largo. Ma dal fatto che i motivi i quali portarono a stabilire le forme interessano i terzi non segue che la nullità sia d'ordine pubblico. Perchè sia tale deve essere una nullità assoluta reclamata dall'interesse della società ed

(1) Cassazione, 11 giugno 1823 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1862), e 3 aprile 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 89).

alla quale, per conseguenza, le parti interessate non possono rinunciare. Tale non è il carattere della nullità pronunciata dall'art. 1444. È vero che i terzi, in generale, sono interessati all'osservanza delle formalità legali, ma quando le forme non sono state osservate, non sono più tutti i terzi che hanno interesse alla nullità, sibbene soltanto quelli che hanno contrattato coi coniugi. Di modo che la nullità è richiesta per un interesse particolare, non per un interesse sociale (1).

Ne risulta una conseguenza importantissima. Essendo la nullità d'interesse privato, può essere sanata, mentre non lo potrebbe se fosse d'ordine pubblico. Essa è sanata dalla rinuncia, potendo ciascuno rinunciare a ciò che è stabilito nel suo interesse. Dopo il termine di quindici giorni, la sentenza è caduca, come dice la Corte di cassazione, se non è stata eseguita. Il marito, invece d'invocare la nullità, lascia eseguire la sentenza contro di lui, ovvero riconosce che la moglie sia separata di beni, lasciandole l'amministrazione e il godimento dei suoi beni personali. In tal modo rinuncia tacitamente al diritto che ha, di opporre la nullità della separazione. Anche la moglie può rinunciare al diritto d'opporre la nullità della separazione, come può rinunciare alla separazione stessa non eseguendola. Il suo interesse solo è in causa in questa rinuncia. Se eseguisce la sentenza dopo il termine di quindici giorni, se riprende l'amministrazione e il godimento dei suoi beni, non può più dire che la sentenza è caduca. Essa poteva considerare la separazione come non avvenuta; invece, la considera come valida. Dunque rinuncia alla nullità, come ne ha il diritto. I creditori sono sommamente interessati a che la separazione venga annullata, ma questo interesse non è che un interesse privato, al quale possono rinunciare, e vi rinunciano se, dopo i quindici giorni, concorrono all'esecuzione della sentenza. Non si eseguisce un atto di cui si vuol domandare la nullità. Così opinano dottrina e giurisprudenza (2).

II. — Chi può opporre la nullità.

260. La nullità può essere opposta da ogni terzo interessato. Ciò risulta dal carattere della nullità. Stabilita per tutelare gli interessi dei terzi, è naturale che i terzi possano farla valere. Tali sono, innanzi tutto, i creditori del marito. La legge li ha specialmente in vista quando prescrive le forme che tendono ad impedire le separazioni simulate e fraudolenti. Dunque, quando queste forme non sono state adempite, i creditori del marito devono avere il diritto d'opporre la nullità.

---

(1) Gand, 27 aprile 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 301).
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 400, note 42-44 e le sentenze che citano.

L'applicazione del principio solleva una questione che è controversa. Si deve distinguere fra i creditori anteriori all'esecuzione tardiva e i creditori posteriori a questa esecuzione? La Corte di cassazione si è pronunciata in favore della distinzione. Essa parte dal principio che la nullità della separazione è fondata sopra una presunzione di collusione fraudolenta fra i coniugi, in danno dei creditori del marito. Ora, si può dire che i coniugi hanno voluto ledere dei creditori che non esistevano ancora? (1). Questo ci pare decisivo, nel senso che i creditori non possono proporre in loro nome l'azione di nullità. Diversa è la questione di sapere se i creditori del marito, qualunque sia la data dei loro crediti, possano opporre la nullità in nome del marito loro debitore. Se il marito ha questo diritto, bisogna permettere di esercitarlo anche ai suoi creditori. È il diritto comune, e il diritto comune vuole pure che i creditori possano esercitare i diritti del loro debitore, anche quando il loro credito fosse posteriore. Rimandiamo a quanto si è detto sull'articolo 1166 (t. XVI, n. 396).

Si potrebbe obbiettarci che, non permettendo ai creditori posteriori di chiedere la nullità in proprio nome, applichiamo loro i principii che reggono l'azione pauliana (t. XVI, n. 460). Ora, l'azione di nullità dell'art. 1444 non è l'azione pauliana. I creditori non sono tenuti a dimostrare che la separazione è fraudolenta. Essi non devono dare che una prova sola, cioè che le formalità legali non sono state adempite. È vero, e noi pure non abbiamo invocato le regole dell'azione pauliana. Ma l'azione dei creditori è sempre fondata sopra un danno. Se la data dei loro crediti prova che non possono essere lesi dall'esecuzione tardiva, non hanno il diritto d'agire.

261. Il marito ha diritto d'opporre la nullità della separazione dei beni risultante dalla mancanza d'esecuzione o dall'esecuzione tardiva? Bisogna distinguere i rapporti dei coniugi fra loro e i loro rapporti coi terzi. Si ammette abbastanza generalmente che il marito può opporre alla moglie la nullità della separazione. L'art. 869 gli accorda espressamente questo diritto quanno la nullità è fondata sull'inosservanza delle forme prescritte per la pubblicità della domanda e della sentenza. Il codice di procedura equipara interamente il marito ai creditori. Questa assimilazione può essere estesa alla nullità dell'art. 1444? Il codice civile non dice chi può chiedere la nullità. Bisogna dunque applicare i principii generali di diritto. L'art. 1444 non intende tutelare che gli interessi dei creditori del marito? Tutti coloro che sono interessati a combattere la separazione hanno il diritto di chiedere la nullità, e quindi tanto il marito quanto i creditori. Invano si dice che il marito

(1) Rigetto, 1.° luglio 1863 (Dalloz, 1864, 1, 66). Troplong, t. I, p. 397, n. 1368. In senso contrario, Rodière e Pont, t. III, p. 631, n. 2159.

non può invocare la presunzione della collusione fraudolenta per impugnare la separazione. Rispondiamo che l'azione di nullità dell'art. 1444 non è l'azione pauliana; essa si fonda unicamente sull'inosservanza delle forme. Il marito, interessato a mantenere la comunione, può dunque opporre alla moglie che la comunione sussiste, poichè non è stata legalmente sciolta (1).

262. La questione è più dubbia per ciò che riguarda la moglie. Lo dimostra il fatto che valenti scrittori hanno cambiato parere. Aubry e Rau, dopo avere insegnato che la moglie non può invocare la nullità a riguardo del marito, nell'ultima edizione della loro pregevolissima opera hanno adottato l'avviso contrario. Noi preferiamo la loro prima opinione. La soluzione della controversia dipende dal carattere della nullità. Quando una nullità è d'ordine pubblico, tutti coloro che hanno interesse ad agire possono farlo. La legge provoca, in certo qual modo, tutte le persone interessate ad impugnare l'atto, perchè l'interesse della società esige che l'atto sia annullato. Non si distingue, in questo caso, fra le parti e i terzi, non si distingue fra chi è in colpa e chi non lo è. Accade altrimenti quando la nullità non è d'ordine pubblico. Essendo essa d'interesse privato, bisogna vedere in favore di chi è stata introdotta. Solo coloro in favore dei quali è stata introdotta possono agire (2). Ora, quale è il carattere dalla nullità dell'art. 1444? Abbiamo già risposto alla domanda insegnando colla dottrina e la giurisprudenza, che questa nullità non è d'ordine pubblico (n. 259). Quindi si deve decidere che la moglie non ha veste per invocare la nullità, perchè non è certamente nel suo interesse che è stata introdotta. Questa opinione è stata compromessa dai motivi poco più che si addussero per giustificarla. La moglie non può opporre la nullità, si dice, perchè essa proviene dal suo fatto, e la moglie non può eccepire la sua negligenza (3). Non sono queste ragioni decisive. Se la nullità fosse d'ordine pubblico, si dovrebbe permettere alla moglie di opporla, quand'anche si trovasse in colpa.

Le ragioni che si allegano in favore dell'opinione contraria ci sembrano estremamente deboli. Si dice che deve esservi eguaglianza fra i coniugi, che potendo il marito invocare la nullità a riguardo della moglie, la moglie deve avere lo stesso diritto in confronto del marito. Perchè vi sarebbe eguaglianza ove diversa è la condizione? Si dimentica che la moglie domanda la separazione contro il marito. È dunque naturale che il marito abbia diritto di mantenere la comunione, mentre non si

---

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 399 e nota 37, e gli scrittori che citano. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 240, n. 92 *bis* VIII. In senso contrario, DUTRUC, *Della separazione dei beni*, p. 173, n. 227. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, nn. 1851 e 1852.

(2) Vedi il vol. I dei miei *Principii*, n. 72.

(3) ODIER, t. I, p. 387. n. 362. TOULLIER, t. V, p. 132.

comprende come la moglie venga ad opporre la nullità d'una separazione chiesta da lei. Si obbietta ancora che la conservazione o lo scioglimento della comunione dipenderà dal capriccio del marito, mentre importa che la condizione sia fissata e si sappia se vi ha comunione o separazione di beni. Rispondiamo che, quando un atto è soggetto a nullità, questa incertezza regna sempre finchè la nullità non sia pronunciata. Quelli che hanno diritto d'agire possono farlo per tutto il tempo che la legge loro accorda, ma non si dirà per questo che l'annullamento dipende dal loro capriccio, perchè l'esercizio d'un diritto non è un capriccio (1). Soggiungeremo che, nella specie, l'incertezza non regnerà, in via di fatto, molto a lungo, perchè la nullità può essere sanata. Lo sarà dal concorso del marito agli atti d'esecuzione della sentenza o agli atti che la moglie faccia come fosse separata di beni (n. 259).

263. I coniugi possono opporre la nullità ai terzi? Secondo la nostra opinione, la moglie non può invocare la nullità a riguardo dei terzi come non lo può a riguardo del marito. Vi ha una ragione di più per non accordare questo diritto alla moglie, ed è che le forme la cui inosservanza trae seco la nullità sono state introdotte nell'interesse dei terzi. Questi soltanto possono dunque, per principio, invocare la nullità. Quanto al marito, se gli si riconosce il diritto d'opporre la nullità, bisogna accordargliela a riguardo di tutti non permettendo la legge e i principii di far distinzione.

La questione è molto controversa. Ogni scrittore ha il suo sistema. Gli uni rifiutano, in tutti i casi, ai due coniugi il diritto d'opporre la nullità ai terzi. Essi invocano il principio che nessuno può crearsi un titolo colla sua frode. Ora, si dice, quando la sentenza di separazione non è stata eseguita, vi ha necessariamente frode da parte dei coniugi (2). Questo è troppo assoluto. La nullità non è fondata sulla frode, ma unicamente sull'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge. Altri scrittori distinguono. Gli editori di Zachariae permettono al marito d'invocare la nullità contro i terzi che avessero contrattato colla moglie come separata di beni, ma rifiutano questo diritto alla moglie, benchè le riconoscano quello d'opporre la nullità al marito. Troplong fa un'altra distinzione (3). Crediamo inutile entrare nella discussione di tutte queste opinioni. Ammesso il principio da noi formulato, esso basta per confutarle.

In fatto la nullità sarà il più delle volte sanata. Togliamo

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 299, nota 38, § 516. Troplong, t. I, p. 398, n. 1373. Colmet de Santerre, t. VI, p. 291, n. 92 *bis* IX.

(2) Rodière e Pont, t. III, p. 635, n. 2159.

(3) Aubry e Rau, t. V, p. 399 e nota 39, § 516. Troplong, t. I, p. 398, numero 1375.

qualche esempio alla giurisprudenza. Una sentenza di Grenoble ricusa alla moglie il diritto d'opporre la nullità dell'art. 1444, poichè è dessa che deve far eseguire la sentenza e non può certo eccepire la propria negligenza. La Corte soggiunge poi che la moglie, nella specie, dopo la sentenza di separazione, aveva sempre figurato come avente la libera disposizione dei suoi beni. Gli atti relativi erano stati compiuti in presenza e col consenso del marito. Erano una esecuzione della sentenza, e, conseguentemente, i due coniugi avevano rinunciato, eseguendo la sentenza, al diritto che potevano avere d'impugnarla (1).

Vi ha una sentenza nello stesso senso della Corte di Colmar. I coniugi invocavano la nullità della separazione contro un terzo al quale la moglie aveva ceduto i mobili da lei raccolti nella successione d'una sorella. Questa vendita era valida supponendo che la moglie fosse realmente separata di beni. Essa pretendeva, di concerto col marito, che la separazione fosse nulla per non essere stata eseguita conformemente all'art. 1444. La Corte risponde che la nullità non è d'ordine pubblico, ch'essa è introdotta unicamente in favore dei creditori i quali non concorrono alla liquidazione. Pare dunque che la Corte rifiuti tanto al marito quanto alla moglie il diritto d'invocare la nullità contro i terzi. Ma, dice la sentenza, in tutti i casi la nullità può essere sanata, sia dai creditori, sia dai coniugi. Ora, i coniugi avevano proceduto alla liquidazione della comunione dopo trascorso il termine legale. Essi avevano con ciò rinunciato al diritto d'opporre la nullità della separazione, perchè non si eseguisce un atto che si vuol impugnare (2).

§ IV. — *Dei diritti dei creditori del marito.*

264. « I creditori del marito possono intervenire nella causa di separazione per contestarla » (art. 1447). Perchè la legge accorda ai creditori il diritto d'intervenire? Si risponde che l'art. 1447 è l'applicazione dell'art. 1166. I creditori esercitano i diritti del marito intervenendo nella causa per completare la difesa ch'egli opponga alla domanda della moglie (3). Ciò non è perfettamente esatto. Quando i creditori esercitano i diritti del loro debitore, si suppone che il debitore stesso non li faccia valere. Ora, quando la moglie domanda la separazione contro il marito, questi è necessariamente in causa ed ha il più grande interesse a difendersi. Quindi la presenza dei creditori sarebbe inutile ove si supponga che il marito si difenda in buona fede. Ma il marito può essere d'accordo colla

(1) Grenoble, 8 aprile 1835 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1956).
(2) Colmar, 8 agosto 1820 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1988).
(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 250, n. 96 *bis*.

moglie per fare una separazione simulata e fraudolenta. È per vegliare a che la separazione non segua in frode dei loro diritti che i creditori intervengono. Il testo medesimo del codice indica che tale è il pensiero del legislatore. L'art. 1447 comincia col dare ai creditori del marito il diritto d'impugnare la separazione dei beni pronunciata in frode dei loro diritti, poi soggiunge che i creditori possono anche intervenire nella causa. Il loro intervento ha dunque per oggetto d'impedire una separazione fraudolenta. Meglio vale prevenire la frode che doverla impugnare quando è consumata. È per motivi analoghi che la legge dà ai creditori il diritto d'intervenire nella divisione (art. 882).

265. Quando i creditori intervengono sono parti in causa e, a questo titolo, possono interporre appello. È stato giudicato ch'essi hanno questo diritto anche quando non sono intervenuti (1). In tal caso essi agiscono in virtù dall'art. 1166, esercitando il diritto del loro debitore. Questa disposizione è generale e non fa eccezione che pei diritti esclusivamente inerenti alla persona del debitore. Ora, la facoltà d'interporre appello non è uno di quei diritti personali che il solo debitore può esercitare, ma un diritto essenzialmente pecuniario, e, nella specie, costituisce una garanzia che i creditori devono avere perchè possano difendere in giudizio i loro interessi, allo scopo d'impedire una separazione fraudolenta. Meglio prevenire la frode coll'appello che doverla combattere con una nuova azione.

266. Quali creditori possono intervenire? La questione sta nel sapere se è necessario un interesse noto ed attuale. Questa è la regola quando l'attore reclama l'esecuzione d'un diritto. Non si può eseguire un diritto eventuale. Ma chi ha un diritto eventuale può fare gli atti conservativi. La legge lo dice del creditore condizionale (art. 1180). Ora, l'intervento non è che un atto conservativo; esso tende ad illuminare l'autorità giudiziaria, a prevenire una frode che la moglie, di concerto col marito, vuol fare al giudice. La Corte di cassazione ha giudicato così (2).

267. A termini dell'art. 1447, « i creditori del marito possono ricorrere contro la separazione dei beni pronunciata ed anche eseguita in frode dei loro diritti ». In qual modo devono essi ricorrere? Coll'azione di nullità, in applicazione dell'art. 1167, il quale permette ai creditori di domandare la nullità degli atti che il debitore fa in frode dei loro diritti. Quando l'atto fraudolento è una sentenza, le parti interessate ad ottenerne l'annullamento devono agire coll'opposizione di terzo (codice di procedura, art. 474).

268. Che cosa devono provare i creditori che intervengono

---

(1) Poitiers, 6 luglio 1824 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1903).
(2) Rigetto, 27 giugno 1810 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1730).

o che fanno opposizione di terzo? Essi si oppongono alla separazione o ne domandano la nullità pel motivo che la domanda della moglie non ha causa nel pericolo della sua dote o delle sue riprese, ma tende unicamente a togliere ai creditori la garanzia ch'essi hanno nei beni della comunione. L'azione dei creditori suppone dunque anzitutto che la separazione cagioni loro un danno. Il danno sussiste quasi sempre, poichè l'effetto della separazione è quello appunto di diminuire la garanzia dei creditori. Ma il danno non basta perchè i creditori possano opporsi alla separazione; occorre inoltre ch'essi provino che la domanda di separazione è fatta in frode dei loro diritti, o che la separazione è stata sorpresa al giudice con frode. L'art. 1447 lo dice dell'azione di nullità. E l'applicazione del diritto comune. La frode è la base dell'azione pauliana, e per frode s'intende il danno recato allo scopo di nuocere. Rimandiamo a quanto si è detto sull'azione pauliana, al titolo delle *Obbligazioni*. È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Toullier il quale, appoggiandosi sul valore della parola *frode* nel vecchio diritto romano, ha sostenuto che bastava il danno. Il commentatore di Toullier ha rifiutato questa strana opinione (1). Non si tratta del vecchio diritto romano, si tratta dell'azione pauliana, per la quale è sempre stata richiesta un'intenzione dolosa. In materia di separazione di beni, la cosa è evidentissima. La separazione nuoce quasi sempre ai creditori. Se dunque bastasse il danno per permettere loro d'opporvisi o di domandarne la nullità, la moglie non potrebbe mai esercitare il suo diritto. Il danno non è richiesto che per stabilire l'interesse dei creditori. Se, per eccezione, la separazione non fosse loro dannosa, essi non potrebbero agire, poichè non v'ha azione senza interesse (2). Una volta stabilito il danno, essi devono, come abbiamo detto, provare che la separazione è dolosa.

269. Il diritto d'intervento e il diritto d'opposizione sono, in sostanza, identici, perchè il codice di procedura non permette d'intervenire che a coloro i quali avrebbero diritto di fare opposizione di terzo (articoli 466 e 474) (3). Accade talvolta che la legge non permetta di chiedere la nullità che a coloro i quali hanno usato del diritto ch'essa dà loro d'intervenire. Così i creditori, i quali non hanno fatto opposizione a che si proceda alla divisione d'una successione in loro assenza, non possono

---

(1) TOULLIER, t. VII, 1, p. 81, nn. 88-90, e la nota di DUVERGIER, p. 85. ZACHARIAE ha adottato questa opinione. È inutile dire che è stata abbandonata da AUBRY e RAU (t. VI, p. 395, nota 22, § 516).

(2) Limoges, 2 agosto 1837 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1777).

(3) Vedi, in quanto concerne l'intervento, Liegi, 3 luglio 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2. 191), e 3 luglio 1830 (*ibid.*, 1830, p. 170). Grenoble, 26 aprile 1806 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1731). E quanto all'azione pauliana, Bruxelles, 26 giugno 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 240). Cassazione, 2 febbraio 1870 (DALLOZ, 1870, 1, 119), e 9 novembre 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 38).

più domandarne la nullità (art. 882). Avviene lo stesso in materia di separazione di beni? No, e la difficoltà è stata prevista quando fu comunicato il progetto al Tribunato. Secondo la redazione deliberata dal Consiglio di Stato, si sarebbe potuto credere che i creditori non potessero impugnare la separazione quando non fossero intervenuti nella causa. Il Tribunato propose che la redazione fosse cambiata in modo da non lasciare più alcun dubbio su questo punto, ed è la disposizione così modificata che venne definitivamente adottata. L'intenzione del legislatore è dunque di dare ai creditori il diritto di chiedere la nullità in ogni ipotesi anche quando non fossero intervenuti. La legge accorda loro questo diritto anche quando si tratta dell'esecuzione della separazione, perchè anche la liquidazione della comunione potrebbe farsi in danno e in frode dei creditori. Se il legislatore si mostra così severo in questa materia, è perchè voleva ad ogni costo evitare la frode o reprimerla, avendogli un'esperienza secolare appreso la frequenza delle separazioni fraudolente (1).

270. Vi ha però un punto sul quale la legge pare si mostri meno favorevole ai creditori. Secondo il diritto comune, l'azione pauliana dura trent'anni e tale è pure il termine che la legge accorda per fare opposizione di terzo. Il codice civile non statuiva nulla a questo riguardo, e quindi manteneva il diritto comune. Vi è stato derogato dal codice di procedura. Esso limita a un anno la durata dell'azione pauliana o dell'opposizione di terzo che i creditori fanno contro la sentenza di separazione per causa di frode. Per qual motivo il legislatore, che ci tiene tanto a reprimere la frode in questa materia, limita a un termine sì breve l'azione che ha per oggetto d'annullare la separazione fraudolenta? Perchè la sentenza che pronuncia la separazione dei beni ha effetti ben più estesi che le sentenze ordinarie. Essa trae seco un cambiamento di stato per la moglie, la quale diviene capace di fare, senza l'autorizzazione maritale, tutti gli atti d'amministrazione concernenti i suoi beni, e diminuisce i diritti del marito, il quale perde il godimento dei beni proprii della moglie, e deve restituirle la metà dei beni che compongono la comunione. Questi cambiamenti nella condizione dei coniugi influiscono sugli atti giornalieri della vita. Era impossibile lasciare nell'incertezza per trent'anni lo stato della moglie e i diritti del marito. Bisognava, al contrario, fissarli nel più breve tempo possibile. D'altronde il termine così corto d'un anno non impedirà ai creditori di agire. La domanda di separazione è stata resa pubblica, la sentenza è pure pubblicata, ed i creditori sono da questa grande pubblicità avvertiti di agire. Se

(1) Osservazioni del Tribunato, n. 12 sull'art. 58 del progetto (LOCRÉ, t. VI, p. 379).

non agiscono immediatamente, si deve credere che la separazione è sincera (1).

271. Il termine d'un anno ha dato luogo a lunghe controversie che non sono ancora esaurite. Si domanda se il termine si applichi alla liquidazione dei diritti della moglie. I creditori possono impugnarlase è fatta in frode delle loro ragioni. L'art. 1447 concede loro l'azione pauliana o l'opposizione del terzo per due cause. Essi possono ricorrere contro la sentenza che pronuncia la separazione e possono impugnare l'esecuzione della sentenza se è fatta in frode dei loro diritti. L'art. 873 si applica all'una e all'altra azione? Ci pare che il testo decida la questione. Esso stabilisce che i creditori non potranno più, dopo un anno, valersi dell'opposizione di terzo contro la *sentenza di separazione*. La legge non parla della liquidazione. Questa liquidazione non deve farsi per sentenza, ma può aver luogo amichevolmente, con atto autentico, e quindi non è compresa nella lettera del codice di procedura. Lo spirito della legge si oppone anzi a che si estenda all'esecuzione della sentenza ciò che l'art. 873 dice dell'opposizione del terzo rivolta contro la sentenza di separazione. Abbiamo detto i motivi pei quali la legge ha limitato ad un anno l'azione dei creditori. Questi motivi sono estranei alla liquidazione. Non si tratta più dello stato della moglie e dei diritti del marito. Essi sono fissati dalla sentenza. I creditori non allegano che un atto isolato, il quale non è stato circondato dalla pubblicità stabilita per la procedura di separazione. Se l'esecuzione è nulla, la nullità resta nel diritto comune. Essa deve dunque andar soggetta alla prescrizione ordinaria.

Supponiamo che la liquidazione si faccia dopo la sentenza che ha pronunciato la separazione dei beni. In tal caso la questione non è dubbia. I creditori hanno dovuto impugnare la separazione nel termine di un anno. Lo stato e i diritti dei coniugi sono dunque fissati. Non si tratta più che d'un atto isolato il quale è all'infuori del testo e dello spirito dell'art. 873 (2). La questione è più difficile quando la sentenza che pronuncia la separazione liquida anche i diritti della moglie. Accadrà di rado, ma può avvenire. In questo caso i creditori debbono impugnare la liquidazione, entro l'anno, ovvero possono farlo nel termine ordinario di trent'anni? La giurisprudenza della Corte di cassazione ha variato. Essa ha cominciato coll'applicare il termine di un anno tanto alla liquidazione quanto alla separazione. Poi si è pronunciata per la distinzione dei due atti. Noi crediamo che debba essere preferita quest'ultima giurisprudenza. Vi ha, sulla

(1) TOULLIER, t. VII, 1, p. 87, n. 93. TROPLONG, t. I, p. 406, n. 1399.

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 396, nota 24, § 516. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1891, e Bruxelles, 13 marzo 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 57).

questione, una sentenza della sezione civile egregiamente motivata. La Corte parte dal principio che l'azione di separazione dei beni e l'azione di liquidazione dei diritti della moglie sono essenzialmente distinte. Esse possono, invero, essere proposte e giudicate simultaneamente, poichè sono connesse, ma ciò non toglie che siano diverse per la loro natura e il loro oggetto. La Corte riporta qui i motivi che abbiamo dati per giustificare la breve prescrizione d'un anno, motivi che sono estranei alla liquidazione. É tanto vero che i due atti sono distinti che l'uno, la separazione, è un atto essenzialmente contenzioso, poichè la separazione deve essere domandata giudizialmente, mentre l'altro, la liquidazione, può essere volontario. L'uno appartiene alla giurisdizione contenziosa, l'altro alla giurisdizione volontaria. Se la liquidazione si facesse per mezzo di notaio, certo non si applicherebbe l'art. 873. Così pure non dev'essere applicato quando la liquidazione si fa giudizialmente, perchè la natura dell'atto resta la medesima. Poco importa anche che la liquidazione si faccia con una sentenza separata ovvero colla stessa sentenza che pronuncia la separazione. La liquidazione è sempre un atto distinto. Ciò decide la questione. Infatti, l'art. 873 stabilisce una prescrizione eccezionale, e quindi di stretta interpretazione. Le eccezioni non si estendono. Il termine d'un anno prescritto dal codice di procedura per impugnare la *sentenza di separazione* non può dunque essere esteso alla sentenza che liquida i diritti della moglie. La liquidazione resta sotto l'impero del diritto comune pel fatto solo che nessuna legge vi ha derogato (1). Questi motivi sembrano perentorii. Tuttavia non oseremmo assicurare che la questione sia esaurita, perchè troviamo delle riserve in favore della prima giurisprudenza in una sentenza della Camera delle richieste (2), almeno nell'ipotesi in cui la liquidazione si faccia colla sentenza che pronuncia la separazione. La dottrina si è pronunciata per l'opinione da noi sostenuta.

N. 3. — Diritto dei creditori in caso d'inosservanza delle forme legali.

272. L'art. 873 dispone che l'azione dei creditori è limitata a un anno quando sono state osservate le formalità prescritte dalla legge. Ciò implica che i creditori del marito hanno anche un'altra azione fondata sull'inosservanza delle forme legali. Il codice di procedura lo dice espressamente. Dopo aver prescritto le forme che la moglie deve osservare per dare pubblicità alla sentenza, l'art. 869 soggiunge che queste formalità vanno adempiute

(1) Rigetto, sezione civile, 11 novembre 1835 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1890). Vedi le sentenze citate nel *Repertorio* di DALLOZ, *ibid.*, n. 1890).
(2) Rigetto, 26 marzo 1833 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1891).

sotto pena di nullità, la quale può essere opposta dal marito o dai suoi creditori. L'art. 869 parla unicamente delle forme relative alla pubblicità della domanda. Il codice civile aveva già pronunciato la nullità per l'inosservanza delle forme prescritte per la pubblicità della sentenza. Non è detto chi possa invocare la nullità, ma la cosa non presenta dubbio perchè le formalità vanno adempite nell'interesse dei creditori del marito.

273. Quale è la durata dell'azione? L'articolo 873 del codice di procedura risponde implicitamente alla questione. Esso non limita il diritto dei creditori se non quando le forme sono state osservate, vale a dire quando l'azione è fondata sulla frode. Quando l'atto è impugnato per inosservanza di forme, non si è più nel caso dell'eccezione. Si rimane dunque sotto l'impero della regola generale, vale a dire che la prescrizione è di trent'anni. La questione è però controversa (1). Fu giudicato che, se la separazione dei beni non è stata eseguita, essa è nulla, nel senso, che si considera come non sia mai esistita. Sarebbe dunque un atto inesistente di cui non vi ha luogo a pronunciare l'annullamento, perchè non si domanda la nullità del nulla (2). Questo sarebbe decisivo se realmente la separazione fosse inesistente. Occorrerebbe all'uopo che l'esecuzione della separazione fosse un atto solenne. Ora, sebbene l'esecuzione volontaria debba essere autenticamente constatata, non si può considerare l'autenticità dell'atto come una solennità la quale tragga seco l'inesistenza della separazione. Le formalità che producono questo effetto sono quelle che riguardano l'espressione del consenso, mentre quelle dell'art. 1444 non sono prescritte che per impedire la frode. Ne risulta che la separazione, quantunque nulla, ha un'esistenza legale. Anche la giurisprudenza ammette che la nullità è sanabile (n. 263), ciò che non potrebbe farsi se la separazione fosse inesistente. La separazione essendo solamente nulla, occorre un'azione di nullità, ed ogni azione si prescrive in trent'anni (3).

---

(1) ODIER, t. I, p. 390, n. 363. TROPLONG, t. I, p. 406, n. 1400. RODIÈRE e PONT, t. III, p. 638, n. 2163. AUBRY e RAU, t. V, p. 395, nota 23, § 516.

(2) Bourges, 15 febbraio 1823 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1897). Nello stesso senso RODIÈRE e PONT, t. III, p. 637, n. 2162, i quali citano una sentenza della Corte di cassazione. Rigetto, 15 gennaio 1843 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1897). La sentenza non dice quello che le si fa dire.

(3) AUBRY e RAU, t. V, p. 400, nota 41, § 516 (4.ª ediz.).

§ V. — *Effetti della separazione dei beni.*

N. 1. — Scioglimento della comunione.

274. La separazione dei beni risolve la comunione, come la separazione personale, la quale importa sempre separazione dei beni (art. 311 e 1446). Quando la comunione è sciolta, la moglie ha facoltà d'accettarla o di rinunciarvi (art. 1453). La moglie separata di beni ha la stessa opzione? Non si porrebbe nemmeno la questione se un tribuno non avesse sostenuto avanti il corpo legislativo che la moglie deve necessariamente rinunciare (1). È uno di quegli errori tanto frequenti che s'incontrano nei così detti lavori preparatorii. Se noi lo avvertiamo, non è per disprezzare questi lavori, e specialmente le relazioni ed i discorsi dei membri del Tribunato, giacchè ve ne hanno di pregevolissime. Quelle di Chabot sulle successioni, di Joubert sulle obbligazioni, di Duveyrier sul contratto di matrimonio saranno sempre consultate con frutto. Ma gli autori moderni hanno abusato della discussione del codice civile attribuire alla legge ciò che essa, secondo la loro opinione, voleva dire, ma che ben di frequente non ha detto. Bisogna diffidare di questo genere d'argomenti come di quelli che si desumono dalla tradizione. Vi si trova quasi tutto ciò che si vuole. La nostra scienza richiede un'argomentazione più seria. È per questo che è bene rilevare gli errori di coloro che hanno preso parte alla discussione del codice civile. Noi non ammettiamo altra autorità che quella del testo e dei principii.

Pothier dice che la moglie la quale ha ottenuto la separazione dei beni rinuncia ordinariamente alla comunione, perchè passiva, e si limita allora ad esercitare le sue riprese. Nell'antico diritto si contestava alla moglie separata il diritto di accettare la comunione. È senza dubbio il ricordo di questa controversia che ha tratto in inganno il tribuno Mouricault. Ma Lebrun ha osservato che la domanda di separazione non prova necessariamente che la comunione sia passiva. La moglie può dunque avere interesse ad accettarla, non foss'altro che per salvare qualche rimasuglio della sua dote, e dal momento che vi ha interesse, il suo diritto non potrebbe essere contestato. È l'opinione di Pothier e di tutti gli scrittori moderni (2).

275. Accetti o rinunci, alla moglie separata di beni si applica sempre il diritto comune in quanto riguarda la sua dote

---

(1) Toullier rileva l'errore di Mouricault un po' aspramente. Egli non ama i tribuni (t. VII, 1).

(2) Pothier, *Della comunione*, nn. 519 e 520. Rodière e Pont, t. II, p. 313, numero 1038. Colmet de Santerre, t. VI, p. 269, n. 155 *bis* III.

e le sue riprese. Quando rinuncia, la sua dote mobile è perduta, non le restano che i suoi beni proprii ed i compensi ai quali può aver diritto. Se accetta, prenderà la metà della comunione, e non sarà tenuta ai debiti che fino a concorrenza della sua porzione, se ha cura di fare inventario.

L'art. 1452, abbastanza mal redatto, sembra apportare un'eccezione al diritto comune, mentre in realtà non fa che applicarlo. Esso porta: « Lo scioglimento della comunione avvenuto pel divorzio o per la separazione, sia di corpo e di beni, sia dei beni soltanto, non rende esperibili i diritti di sopravvivenza della moglie, ma questa conserva la facoltà di esercitarli alla morte del marito ». Un diritto di sopravvivenza è un diritto condizionale. La parola stessa lo dice. La moglie non può esercitarlo se non nel caso che sopravviva. Ora, quando la comunione si scioglie per tutt'altra causa che la morte, non si sa chi sopravviverà. Non può parlarsi di esercitare un diritto condizionale finchè la condizione non sia adempita. Non è questo un principio speciale alla moglie, poichè è una conseguenza della natura del diritto. Bisogna applicare al marito ciò che l'art. 1452 dice della moglie. Se la legge non parla che del marito, è probabilmente perchè, nel capitolo della *Separazione dei beni*, non è questione che dei diritti della moglie.

276. La legge avrebbe dovuto accordare delle garanzie alla moglie separata pei suoi diritti di sopravvivenza, come fa quando la moglie ha diritto ad un'antiparte convenzionale in caso di sopravvivenza, e quando la comunione viene a sciogliersi col divorzio o la separazione personale. Ritorneremo sull'art. 1518 che è pure incompleto. Nel caso della separazione dei beni la legge non contiene alcuna disposizione particolare. Si resta, per conseguenza, sotto l'impero del diritto comune. La moglie ha un diritto condizionale, ed ogni creditore condizionale può fare gli atti necessarii a conservare il suo diritto (1). Rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni* per quanto concerne gli atti che il creditore è autorizzato a fare. Si insegna che la moglie la quale rinuncia alla comunione può esigere dal marito una cauzione per la reintegrazione dei suoi diritti di sopravvivenza. Questo ci pare molto dubbio. È vero che l'art. 1518 dà questo diritto alla moglie che ha ottenuto il divorzio o la separazione personale quando il contratto di matrimonio stipula un'antiparte in suo favore. Ma questa è una disposizione affatto eccezionale. Il creditore non può mai esigere una cauzione, salvo i casi in cui la legge gli dà questo diritto. Ora, l'art. 1518 non parla della moglie separata di beni. Questo silenzio è decisivo. Si insegna ancora che la moglie può esercitare la sua ipoteca legale nella graduatoria aperta sui beni del marito, in forza delle donazioni

(1) Rodière e Pont, t. III, p. 675, n. 2219.

tra vivi ch'egli le ha fatto in caso di sopravvivenza (1). Anche questo ci pare dubbio. Rimandiamo l'esame della difficoltà al titolo delle *Ipoteche*.

277. L'incertezza nella quale i coniugi si trovano quanto ai loro diritti di sopravvivenza e la mancanza di ogni garanzia pel caso in cui sopravvivono li porta a transigere. Si domanda se la transazione sarà valida. La Corte di cassazione distingue. Se la transazione non implica convenzione sopra una successione, essa è valida, mentre è nulla se contiene un patto successorio.

Il contratto di matrimonio accordava alla moglie una pensione vitalizia in derrate pel caso in cui sopravvivesse. Essa fece una transazione su questo diritto dopo avere ottenuto la separazione dei beni. Gli eredi del marito pretesero che la transazione fosse nulla siccome contenente un patto successorio. È stato benissimo giudicato che non vi era, nel caso concreto, alcuna convenzione sopra una successione futura. Quello che inganna le persone estranee alla scienza del diritto è che i lucri di sopravvivenza della moglie s'aprono alla morte del marito e si esercitano sulla sua successione, ma non ne risulta che questi diritti facciano parte della successione. Infatti, la moglie non li esercita come erede, ma come creditrice in forza d'un contratto. Ora, il creditore può transigere sui suoi diritti eventuali (2).

La cosa è diversa quando il diritto della moglie consiste in una donazione di beni futuri, o, in altri termini, in una istituzione contrattuale. Il nome stesso prova che si tratta d'un diritto ereditario. Poco importa che questo diritto sia stipulato per contratto, poichè non ne risulta alcun diritto attuale pel donatario, salvo la qualità d'erede. Ma egli è erede, e, come tale, è chiamato ad accettare o a rinunciare, il che prova che il suo diritto non s'apre che alla morte del donante. Ne consegue che colui il quale transige sopra una istituzione contrattuale fa un patto successorio. Egli cambia un diritto eventuale, quanto alla porzione ereditaria, contro un diritto attuale. Ecco appunto un contratto sopra una successione futura. Dunque la transazione è nulla (3).

N. 2. — Contribuzione ai pesi.

278. La moglie che ha ottenuto la separazione dei beni deve contribuire, in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito, tanto alle spese di famiglia quanto a quelle d'educazione dei figli comuni. Per principio, questi pesi sono a ca-

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 387, nota 20, § 516, e gli scrittori che citano.
(2) Rigetto, 22 febbraio 1831 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 3357).
(3) Rigetto, sezione civile, 16 agosto 1841 (DALLOZ, v. *Obligations*, n. 447).

rico di entrambi i coniugi. L'art. 203 dice che « i coniugi contraggono insieme, pel fatto solo del matrimonio, l'obbligazione di mantenere, educare ed istruire la prole ». A termini dell'articolo 202, i coniugi si devono reciprocamente soccorso e assistenza. L'art. 214 stabilisce che il marito ha il dovere di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, secondo le sue sostanze e la sua condizione. Queste disposizioni sono generali e s'applicano a tutti i regimi, ma sono i diversi regimi che determinano in qual modo i due coniugi concorrono all'adempimento delle obbligazioni che la legge loro impone, vale a dire in qual misura essi sopportano i pesi che risultano dal matrimonio. Di regola il marito gode dei beni che la moglie porta in dote. È colla sua dote, di cui lascia il godimento al marito, che la moglie contribuisce ai pesi del matrimonio (articolo 1540). Così accade sotto i regimi di comunione, di esclusione della comunione, e sotto il regime dotale. Quando i coniugi sono separati di beni, la moglie ha il godimento delle sue sostanze. Fu dunque mestieri determinare in qual modo essa contribuisce ai pesi del matrimonio. La legge distingue. Sotto il regime della separazione contrattuale, la moglie contribuisce alle spese fino a concorrenza del terzo dei suoi redditi, quando i coniugi non abbiano essi stessi fissato un'altra proporzione nelle loro convenzioni matrimoniali. Quando la separazione è giudiziale, la legge non stabilisce nessuna proporzione fissa, perchè di regola il marito non ha più patrimonio, in conseguenza del disordine dei suoi affari. La legge pone il principio che i coniugi contribuiscono in proporzione dei loro beni. Spetta al giudice determinare questa proporzione. La decisione del giudice non è fissa nè irrevocabile come sono d'ordinario le sentenze. Infatti, volendo la legge un'eguaglianza proporzionale, la proporzione deve variare a seconda delle sostanze dei coniugi. Gli affari del marito possono ristabilirsi. Cambiando la base della proporzione, la proporzione stessa deve modificarsi (1).

L'art. 1448 soggiunge che, se non resta nulla al marito, la moglie deve sostenere intieramente le spese della famiglia e dell'educazione dei figli. È una conseguenza dei principii che la legge pone al titolo del *Matrimonio* e che abbiamo testè ricordati. Le spese d'educazione gravano egualmente su entrambi i coniugi, e il dovere dell'assistenza incombe ad ambedue. Se l'un d'essi non possiede nulla, il peso ricade interamente sull'altro. Sarebbe così sotto il regime della comunione, se la moglie non avesse nè dote nè professione. Il marito sopporterebbe solo tutto il peso. Così pure è la moglie che deve sopportarlo quando non resta nulla al marito dopo lo scioglimento della comunione, salvo alla moglie domandare che il marito vi contribuisca se ritorna a miglior fortuna.

---

(1) Rodière e Pont, t. III, p. 652, nn. 2181 e 2182. Parigi, 4 aprile 1835 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1949).

279. L'applicazione di questi principii ha dato luogo a molte contestazioni. Abbiamo detto altrove che la dottrina e la giurisprudenza considerano l'obbligazione alimentare sia come solidale, sia come indivisibile. Secondo i testi ed i principii bisogna dire che non è indivisibile, nè solidale. Soltanto essa può incombere per intiero all'uno dei debitori, se l'altro non ha beni. È quello che dice l'art. 1448. Disponendo che la moglie deve sostenere da sola le spese della famiglia e dell'educazione dei figli, la legge parla dell'avvenire, poichè si tratta della moglie che ha ottenuto la separazione dei beni. Finchè dura la comunione, la moglie contribuisce ai pesi colla sua dote. Il marito solo risponde delle spese a riguardo dei terzi. Accade che, allo scioglimento della comunione, non era pagata la pensione dei figli. Essendo il marito insolvibile, il creditore si rivolse contro la moglie, e i tribunali la condannarono. Nulla di più giusto dal punto di vista dell'equità, ma la decisione è contestabilissima sul terreno del diritto. La Corte d'Agen comincia col dire che l'obbligazione dei genitori di pagare le spese di mantenimento e d'educazione dei loro figli è di diritto naturale, anteriore e superiore a tutte le legislazioni. Ciò è verissimo in teoria. Ma il diritto naturale dà un'azione al creditore contro il debitore? Sì, se la legge ha sanzionato il dovere che la natura impone. No, se si tratta di un'obbligazione puramente naturale. La Corte soggiunge che questa obbligazione è solidale. Ecco un errore, perchè non esiste solidarietà che in virtù della legge o delle convenzioni, e nella specie, non vi ha nè convenzione nè legge. L'art. 203, citato dalla Corte d'Agen, non fa che stabilire un principio. L'applicazione del principio è lasciata ai diversi regimi e varia a seconda delle convenzioni matrimoniali. La Corte confessa che, durante la comunione, è il marito che deve adempiere l'obbligazione imposta dall'art. 203 ai due coniugi. Qualunque sia il disordine dei suoi affari, quand'anche fosse insolvibile, il creditore delle spese d'educazione non avrebbe nessuna azione contro la moglie e, allo scioglimento della comunione, non ha azione contro di essa che quale moglie in comunione di beni, vale a dire per metà se accetta; e se rinuncia egli resta senza azione alcuna. Eppure la Corte decide fondandosi sulla pretesa solidarietà, che la moglie potrà essere escussa per l'intiera obbligazione in forza del debito contratto durante la comunione (1). Come mai il creditore avrebbe azione contro la moglie quando questa non si è personalmente obbligata? E se non ha azione durante la comunione, come potrebbe agire contro di lei dopo che la comunione è sciolta? Si pensi un istante alle conseguenze del principio invocato dalla Corte. Anche le spese della famiglia sono un debito naturale; gli alimenti dei coniugi sono

(1) Agen, 18 giugno 1851 (DALLOZ, 1851, 2, 228). Nello stesso senso, Agen, 13 luglio 1849 (DALLOZ, 1849, 2, 168).

favoriti al pari degli alimenti dei figli. I creditori della comunione potrebbero dunque reclamare contro la moglie il pagamento integrale di quanto è loro dovuto per spese di famiglia, perchè tutte queste spese riguardano gli alimenti, per modo che, in sostanza, la moglie separata di beni sarebbe obbligata a pagare, in gran parte, i debiti della comunione, anche quando vi avesse rinunciato! Bisogna lasciar da parte il diritto naturale e attenersi alla legge positiva ed ai principii che essa consacra. Per quanto sia favorito il credito delle spese d'educazione, il creditore non può avere azione che contro colui che ha contratto il debito, e quindi contro il marito, capo della comunione, e contro la moglie nella sua qualità di moglie in comunione di beni.

280. La moglie deve sostenere intieramente le spese di famiglia e l'educazione dei figli, se non resta nulla al marito. Avrà essa diritto perciò ad un compenso se gli affari del marito si ristabiliscono? È stato giudicato che la moglie non può reclamare alcun compenso (1). Noi crediamo che la decisione sia fondata sui veri principii. Pagando le spese integralmente, la moglie ha soddisfatto un suo debito poichè essa vi è tenuta integralmente in forza dell'art. 1448. Ora chi paga un suo debito non può certo reclamare una indennità per aver pagato ciò che doveva. Si obbietta l'art. 203. Se questo articolo stabilisse il principio della solidarietà fra coniugi, indipendentemente dal regime matrimoniale adottato, la moglie dovrebbe avere regresso contro il marito, suo condebitore. A nostro avviso, non vi è solidarietà, e la questione deve essere decisa, tanto per gli alimenti dei figli quanto per quelli dei coniugi, non cogli articoli 203 e 212, ma secondo i principii che reggono i diversi regimi. Ora, sotto il regime della separazione giudiziaria, la parte contributiva della moglie è fissata dall'art. 1448. Essa contribuisce alle spese secondo le sue sostanze e quelle del marito, e se il marito non ha nulla, le sopporta intieramente. Essa paga dunque il suo debito e non quello del marito, poichè questi non deve nulla. Se poi ristabilisce i proprii affari, la moglie può domandare che egli contribuisca in proporzione dei suoi beni. Ma una tal contribuzione non sarà obbligatoria pel marito che per i debiti futuri, e non per quelli passati. Per questi il marito non era debitore, e quindi non deve contribuirvi (2).

281. La moglie deve versare nelle mani del marito l'importo della sua parte contributiva nelle spese di famiglia? L'affermativa non è dubbia. Quantunque la comunione sia sciolta, il matrimonio sussiste. Vi ha dunque una società coniugale di cui

---

(1) Riom, 20 luglio 1853 (Dalloz, 1855 2, 358).

(2) Rodière e Pont, t. III, p. 672, n. 2213. Aubry e Rau, t. V, p. 404, nota 62, § 516.

il marito è il capo. Si dirà che questa società è estranea ai beni, giacchè la comunione è sciolta? È vero che non vi sono più beni comuni, ma restano sempre delle spese comuni, nel senso ch'esse sono fatte nell'interesse dei due coniugi e dei figli. Chi fa queste spese? Chi contratta coi terzi? È il marito? È la moglie? O sarebbero entrambi i coniugi separati di beni, ciascuno per la parte del suo contributo? La legge risponde a queste domande. Secondo l'art. 214, la moglie deve abitare col marito. Il domicilio coniugale è quello del marito. È là ch'egli è obbligato di tenere la moglie presso di sè e di provvedere a tutti i suoi bisogni. È dunque il marito il capo, sotto tutti i regimi, in quanto concerne le spese della famigiia. È ancora il marito che dirige l'educazione dei figli. È vero che i figli sono soggetti all'autorità del padre e della madre ma il padre solo esercita questa autorità durante il matrimonio (articoli 472 e 473). Queste disposizioni regolano la condizione dei due coniugi, indipendentemente da ogni regime concernente i beni. Il marito è il capo della famiglia. Egli la rappresenta, egli provvede ai suoi bisogni, egli regola la spesa e contrae le obbligazioni verso i terzi. Quando la moglie agisce, agisce come mandataria. Essa non si obbliga personalmente, ma obbliga il marito. Per aiutare il marito a sostenere i pesi del matrimonio, la moglie gli porta una dote. La dote varia secondo i diversi regimi, ma, sotto tutti i regimi, il marito riceve ciò che la moglie gli porta a titolo di dote, e ne dispone, sia della proprietà degli effetti mobili sotto il regime di comunione, sia dei redditi sotto il regime che esclude la comunione e sotto il regime dotale. Anche nel caso di separazione dei beni vi ha una dote nel senso largo della parola, perchè la moglie contribuisce col marito nelle spese. L'annua somma per cui contribuisce deve dunque essere messa a disposizione del marito. È certo che accade così sotto il regime della separazione contrattuale, ma dev'essere lo stesso quando si tratta della separazione giudiziaria. I principii stabiliti al titolo del *Matrimonio* lo esigono.

La giurisprudenza e la dottrina sono in questo senso. Merlin ha stabilito benissimo il principio nell'affare Montmorency. Una sentenza del Châtelet di Parigi pronunciò la separazione dei beni fra il duca e la duchessa di Montmorency. Il duca emigrò, poi rientrò in Francia e scese al palazzo della moglie, ove fu alloggiato e nutrito a spese della duchessa che dirigeva la casa. Nel 1806 il duca domandò che il tribunale determinasse la somma a cui doveva elevarsi la parte contributiva della moglie nelle spese della casa di cui il duca intendeva riprendere la direzione. La duchessa rispose che da venticinque anni il governo della casa era tenuto da lei; che ne pagava le spese; che provvedeva a tutti i bisogni del marito; che non gli domandava nulla, e che, alla sua volta, il marito aveva ancora meno da domandare a lei. Il tribunale della Senna e la Corte di Parigi respinsero la domanda del duca. Questi ricorse in

Cassazione. Merlin pronunciò una delle sue splendide requisitorie. Appoggiandosi al testo del codice, egli prova che il marito è il capo della società coniugale, che è il marito che tiene la moglie presso di sè nella sua casa, e non viceversa. Padrone in casa sua finchè dura la comunione, il marito conserva la propria autorità anche dopo che la comunione è disciolta. Che importa che la moglie riprenda l'amministrazione dei suoi beni personali? Non si tratta di questa amministrazione, ma bensì di sapere chi abbia il diritto di comandare nella casa coniugale. La *separazione* dei beni non porta alcun cambiamento nè al matrimonio nè alla podestà maritale, salvo in quanto riguarda gli atti d'amministrazione che la moglie può fare senza l'autorizzazione del marito. Questa unica eccezione conferma la regola. Il marito resta quello che era, il capo. È dunque a lui che spetta la direzione della casa, è nelle sue mani che la moglie deve versare la sua parte contributiva. Tale era l'antico diritto, che Merlin ama citare, e tale è pure il diritto nuovo. L'abbiamo provato riassumendo la luminosa dimostrazione di Merlin. La Camera delle richieste ammise il ricorso, e non dubitiamo che la sezione civile avrebbe cassato la sentenza di Parigi se il divorzio ottenuto dalla duchessa di Montmorency non avesse posto fine alla questione (1). Vi ha una bellissima sentenza della Corte di Nancy in questo senso (2), ed è inutile soggiungere che la dottrina è d'accordo colla giurisprudenza.

282. Ma la dottrina e la giurisprudenza sono venute meno nell'applicazione del principio. Vi ha un'obbiezione contro l'opinione di Merlin. D'ordinario, quando è pronunciata la separazione dei beni, il disordine degli affari del marito è dovuto o ad una condotta sregolata o ad abitudini dissipatrici. Che cosa diverrà il contributo della moglie nelle mani d'un marito dissipatore o vizioso? Non è a prevedersi ch'egli farà dell'annua pensione che la moglie gli pagherà un uso altrettanto cattivo quanto quello che ha fatto della sua dote e che, per conseguenza, lo scopo della separazione sarà mancato? La Corte di Nancy dice che non vi ha altro rimedio al male che la separazione personale, che la moglie potrà chiedere se il marito la lascia mancare del necessario. Il diritto di domandare la separazione personale o il divorzio per questo titolo è molto dubbio. La dissipazione dei beni della moglie non è una di quelle ingiurie gravi che costituiscono una determinata causa di divorzio e che autorizzano la separazione personale. Il male dipende da una cattiva gestione, e la legge avrebbe dovuto rimediarvi regolando l'amministrazione. Essa non lo ha fatto. I tribunali si studiarono di colmare la lacuna. Ne hanno essi il diritto?

---

(1) MERLIN, *Repertorio*, v. *Separation de biens*, sezione II, § V, n. 8 (t. XXX, pagina 394).

(2) Nancy, 28 gennaio 1840 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1950).

Vi ha un sol mezzo per impedire al marito di dissipare le somme che la moglie deve consegnargli per la sua parte nelle spese, ed è di non versarle nelle sue mani, autorizzando la moglie a pagare direttamente i fornitori. Gli scrittori riconoscono questo diritto ai tribunali (1), e i tribunali ne usano (2). Merlin ha provato che si deroga alla podestà maritale dando la direzione della casa alla moglie, quando la legge vuole che il capo della casa sia il marito. La questione sta dunque nel sapere se i tribunali possano spogliare il marito, in tutto o in parte, della podestà che la legge gli conferisce. A nostro avviso, la negativa è certa. La podestà maritale è d'ordine pubblico. I tribunali non hanno diritto di toglierla al marito, nè di diminuirla o d'intralciarla Non vi ha nulla di più meschino di quanto gli scrittori dicono in appoggio dell'opinione generale. Troplong non vede nemmeno quale sia il vero oggetto della difficoltà. « L'*interesse* della moglie, egli dice, e l'*interesse* dei figli esigono ch'essa sia dispensatrice della sua parte contributiva. Questo è anche nell'*interesse* del marito, e i tribunali devono prestarsi a questo temperamento se non vogliono che la separazione sia priva di tutti i suoi effetti » (3). Ecco eccellenti ragioni per motivare una legge. Ma ov'è la legge? Spetta al legislatore consultare l'interesse degli uomini. Il giudice non decide degli *interessi*, egli non deve vedere che una cosa sola, quale sia il *diritto*. Odier cita l'art. 1449, il quale rende alla moglie la libera amministrazione dei suoi beni (4). Egli confonde due ordini d'idee affatto distinti. Obbligando la moglie a versare la sua parte contributiva nelle mani del marito, non le si toglie il suo potere d'amministrazione. È la moglie che amministra i suoi beni e percepisce i suoi redditi; essa preleva la somma che deve versare al marito. È questi che in seguito ne disporrà per sostenere i pesi del matrimonio. Egli agirà come capo, e non come amministratore legale dei beni della moglie.

Vi ha una sentenza della Corte di Riom nel senso della nostra opinione. Il primo giudice aveva autorizzato la moglie a pagare direttamente una parte della spesa fino a concorrenza della sua porzione contributiva. Questa decisione è stata riformata in appello. La Corte pone il principio che la parte contributiva deve essere riunita ai redditi del marito perchè questi provveda, come capo della società coniugale, ai bisogni comuni. Permettendo alla moglie di pagare essa stessa una parte delle sue spese, non soltanto si distruggerebbe l'insieme della direzione e si provocherebbero lotte continue fra il marito e la

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 405 e nota 165, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 152, n. 99 *bis* III.

(2) Caen, 8 aprile 1851 (Dalloz, 1852, 2, 127). Cfr. rigetto, 6 maggio 1835 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1954).

(3) Troplong, t. I, p. 416, n. 1435.

(4) Odier, t. I, p. 375, n. 401.

moglie, ma si invertirebbe perfino l'ordine stabilito dalla legge e si trasferirebbe nella moglie l'autorità maritale, fondamento della società coniugale, autorità che, malgrado la separazione dei beni, risiede intatta nelle mani del marito (1). Ecco i veri principii, come vennero stabiliti da Merlin. Il legislatore solo potrebbe cambiarli.

283. I mariti alla loro volta, hanno tentato di sottrarsi alla legge. In forza dell'art. 1449, la moglie riprende la libera amministrazione dei suoi beni, ma l'art. 1448 vuole ch'essa contribuisca ai pesi del matrimonio. Questa contribuzione non implica che il marito ha la facoltà d'amministrare almeno i beni che procurano il reddito destinato ai pesi del matrimonio? Queste pretese avevano ancora minor fondamento di quella della moglie. La giurisprudenza e la dottrina le hanno respinte. La legge dice in termini assoluti che la moglie riprende la libera amministrazione dei suoi beni, quindi di tutti i suoi beni, senza eccezione. L'art. 1448 non deroga all'art. 1449. Esso non fa che assoggettare la moglie ad un contributo, vale a dire a rimettere al marito la somma fissata dal giudice. La moglie preleva questa pensione sui proprii redditi, il che non le impedisce d'amministrare liberamente il suo patrimonio (2).

I mariti, non potendo togliere alla moglie l'amministrazione dei beni che la legge le accorda, hanno preteso che la moglie dovesse loro una garanzia pel pagamento della sua parte contributiva. Vi ha una risposta perentoria da dar loro, ed è che le garanzie devono essere o stipulate dalle parti interessate o stabilite dalla legge. Ora, non vi ha legge nè convenzione che obblighi la moglie a dare garanzie al marito, e questo è decisivo. La Corte di Parigi ha giudicato così, aggiungendo però una riserva, cioè che, nella specie, la moglie non aveva tentato di sottrarsi all'obbligo che la legge le impone (3). Ciò suppone che, se la moglie mancasse alle sue obbligazioni, il marito potrebbe esigere delle garanzie. Bisogna dire, al contrario, e senza esitare, che il marito non ha mai diritto di reclamare garanzia di sorta. Egli ha i diritti d'un creditore, quello di escutere il debitore e di sequestrare i suoi beni. La legge non gliene dà altri (4).

284. Quali sono i rapporti dei coniugi coi terzi in quanto concerne le spese di famiglia e dell'educazione dei figli? La questione sta nel sapere se la moglie è obbligata personalmente a riguardo dei creditori. Ci sembra che la negativa risulti dal testo della legge e dai principii. L'art. 1448 dice che

---

(1) Riom, 16 febbraio 1853 (Dalloz, 1854, 5, 685, n. 2).

(2) Bordeaux, 27 aprile 1831 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1956). Aubry e Rau, t. V, p. 405, § 516.

(3) Poitiers, 17 febbraio 1842 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1955).

(4) Rodière e Pont, t. III, p. 655, n. 2186. Aubry Rau, t. V, p. 405, nota 64, § 516.

la moglie deve *contribuire*. Questa espressione suppone che si tratti dei rapporti dei coniugi fra loro, e non d'un vincolo di obbligazione a riguardo dei terzi. Infatti, come abbiamo detto, la moglie deve versare la sua parte contributiva nelle mani del marito. Quando essa ha pagato questa somma, ha estinto il suo debito e, per conseguenza, non può più essere disturbata dai creditori, come non potrebbe esserlo sotto il regime di comunione o sotto qualsivoglia altro regime, quando contribuisce ai pesi del matrimonio colla sua dote o cogli interessi della medesima. Non si obbietti il secondo alinea dell'art. 1449, il quale dispone che la moglie deve *sopportare* intieramente queste spese, se non resta nulla al marito. L'obbligazione della moglie non cambia natura, sia ch'essa sostenga tutte le spese, sia che non ne sopporti che una parte. L'obbligazione consiste sempre nel consegnare al marito la somma per la quale essa contribuisce. Anche la legge non dice che la moglie è *tenuta* a tutte le spese a riguardo dei creditori. Essa dispone che la moglie *sopporta* tutte le spese, il che significa ch'esse sono a suo carico. Questo è in armonia coi principii generali che reggono i rapporti dei coniugi coi terzi creditori. Il marito è il capo, come dice Merlin. È il marito che deve provvedere ai bisogni della moglie e dei figli, è dunque il marito che deve contrattare coi terzi. Se non è il marito, ma la moglie che fa queste spese giornaliere, o contrae i debiti verso i fornitori, essa agisce come mandataria del marito. È dunque il marito che è obbligato. La separazione dei beni cambia qualche cosa a questi rapporti? No, è impossibile, perchè i principii derivano dalla podestà maritale e della subordinazione della moglie. La moglie separata riprende la libera amministrazione dei suoi beni. Ecco l'unico effetto che produce la separazione giudiziaria. La moglie resta soggetta alla podestà maritale. Dunque non ha alcuna veste per trattare personalmente coi terzi, anche quando è dessa che sopporta tutte le spese. Essa è debitrice del marito, e il marito è debitore verso i terzi.

Ci fa meraviglia vedere questi principii elementari disconosciuti da insigni scrittori. Aubry e Rau insegnano che la moglie separata è *tenuta personalmente* verso i terzi nel limite della sua parte contributiva, donde conchiudono che la moglie non pootebbe rifiutare di soddisfarli *sotto il pretesto* di avere consegnato al marito l'importo della parte per la quale deve contribuire (1). Questa dottrina ci pare strana. Può essere la moglie *tenuta personalmente,* quando non s'è obbligata? Ora, non è essa che si obbliga per le spese di famiglia e dell'educazione dei figli. Essa non ne ha nemmeno il diritto, perchè non è capace di obbligarsi che per l'amministrazione dei suoi beni personali. Non essa, ma il marito è capo della

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 405 e nota 67, § 516 (4.ª ediz.).

famiglia e ne ha il governo. Poco importa che paghi le spese col suo contributo. Dal fatto ch'essa deve contribuire a riguardo del marito non si può indurre che sia debitrice in confronto dei creditori. La conseguenza alla quale conduce questa opinione attesta contro il principio da cui deriva. Ma come? La moglie soddisfa all'obbligo che la legge le impone versando la sua parte di contributo nelle mani del marito. Il marito non paga i fornitori. Questi escutono la moglie, e la moglie dovrà pagare una seconda volta? E se oppone che è liberata, questa eccezione sarà chiamata *un pretesto!* Ma come? È forse un *pretesto* il sostenere che si è liberati quando si ha pagato ciò che si deve!

La giurisprudenza ha consacrato questa singolare dottrina. Noi non le riconosciamo nessuna autorità nella soggetta materia, perchè, invece di provare, essa si contenta d'affermare. Così la Corte di Parigi ha condannato la contessa di Montholon a pagare l'importo delle somministrazioni fatte dopo la sentenza di separazione. Essa invoca l'art. 1440, il quale dichiara che la moglie deve sostenere intieramente le spese di famiglia quando il marito si trova nell'impossibilità assoluta di contribuirvi (1). La Corte dimentica di dimostrare quello che dice, e noi aspettiamo sempre la prova. Si provi dunque che la separazione dei beni mette fine alla podestà maritale, nel senso che il marito insolvibile cessa d'essere capo della famiglia e che tale diviene invece la moglie! Tuttavia Troplong approva. I fornitori, egli dice, pur contrattando col signor di Montholon, sapevano che il conte non aveva altro sostegno che il patrimonio della moglie (2). Ma che importa ciò? L'insolvibilità del marito avrebbe forse questo singolare effetto ch'egli cessi d'essere debitore e che lo diventi la moglie, quantunque il marito sia intervenuto nel contratto e la moglie vi sia rimasta estranea? Sono argomenti degni d'un fornitore, ma indegni d'un giureconsulto.

La Corte di cassazione ha anche rincarato la dose su questa dottrina più che strana. Nel caso concreto i coniugi erano separati di beni per contratto di matrimonio, ciò che torna lo stesso. Erano state fatte in nome del marito alcune somministrazioni che rientravano nelle spese di famiglia. La Corte di Parigi condannò il marito a pagarle in solido colla moglie. Essa non adduce altro motivo se non questo, che i fornitori avevano agito in buona fede e nella fiducia che le somministrazioni sarebbero state soddisfatte tanto dal marito quanto dalla moglie. La decisione sarebbe eccellente se i nostri tribunali fossero corti d'equità. Ma noi abbiamo delle leggi, e la Cassazione ne è la custode. Che decide essa? Che la Corte di Parigi non aveva violato alcuna legge traendo da questi fatti la conseguenza che il marito fosse tenuto *in solido*, rispetto ai creditori, a pa-

(1) Parigi, 21 aprile 1850 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1959).
(2) TROPLONG, t. I, p. 417, n. 1440.

gare l'importo delle somministrazioni da questi fornite (1). Se la Corte avesse giudicato che il marito era tenuto come capo, in forza del mandato tacito di cui la donna maritata è investita sotto tutti i regimi, la sua decisione sarebbe stata giuridica. Ma dire che il marito è tenuto in solido implica che la moglie è condebitrice solidale. Ora, quando vi è solidarietà? Quando è *espressamente stipulata,* o quando ha luogo in forza d'una *disposizione della legge* (art. 1202). Ov'è, nel caso concreto, la *stipulazione espressa,* ov'è la *disposizione della legge?* L'art. 1202 era dunque violato. I principii i più elementari erano disconosciuti, poichè la legge fondava una obbligazione sulla *buona fede* dei fornitori. Ma basta la *buona fede* costituire un creditore e un debitore?

285. Abbiamo detto che la separazione dei beni rallenta, di fatto, il vincolo matrimoniale, quantunque, in diritto, il matrimonio sussista con tutte le sue conseguenze. L'esperienza lo prova. Avviene ben di sovente che i coniugi separati di beni si separino anche d'abitazione, per modo che la vita comune cessa. Di qui nuove difficoltà sulle spese di mantenimento dei coniugi. Chi le sopporta? Ordinariamente intervengono particolari esplicite convenzioni fra gli sposi. S'intende che esse sono radicalmente nulle. In un caso in cui i coniugi avevano convenuto di sostenere ciascuno, vivendo separatamente, le spese del proprio mantenimento, il marito domandò che la moglie fosse tenuta a concorrere, pel passato e per l'avvenire, alle spese già fatte o che farebbe pel tratto successivo. Egli si fondava sull'art. 1448. La Corte risponde, e la risposta è perentoria, che la legge suppone la vita comune, e che, se il marito voleva agire contro la moglie, doveva prima di tutto domandare che essa rientrasse nel domicilio coniugale, che era quello del marito (2).

Non può esservi azione fra i coniugi per alimenti finchè vivono separati di fatto, perchè i giudici non possono riconoscere una separazione di fatto, la quale viola il primo dovere dei coniugi separati di corpo per sentenza del giudice. Ma finchè non sono che separati di beni, è il marito che è capo della società coniugale e che, come tale, ne sopporta i pesi. Ma la vita deve essere comune. In questo caso il marito ha azione contro la moglie in forza dell'art. 1448. Egli può esigere la contribuzione della moglie, ma non può domandare alcuna pensione alimentaria (3).

La Corte di Bordeaux dice benissimo che autorizzando i coniugi a proporre domande per alimenti quando sussiste il matrimonio si verrebbero a favorire le separazioni di fatto. Tut-

---

(1) Rigetto, 27 gennaio 1857 (DALLOZ, 1857, 1, 142).
(2) Grenoble, 11 marzo 1851 (DALLOZ, 1853, 2, 62).
(3) Parigi, 9 luglio 1858 (DALLOZ, 1858, 2, 186).

tavia la Corte ammette che vi sono circostanze eccezionali che rendono la coabitazione impossibile. Tale era, nel caso concreto, lo stato di fallimento del marito, che non possedeva nulla, non aveva ancora pagato il dividendo promesso ai suoi creditori e non viveva che dell'ospitalità del genero e della figlia. Il marito, dice la Corte, non potrebbe obbligare la moglie ad abitare con lui, poichè non ha domicilio ove possa tenerla presso di sè. In queste circostanze la Corte ammette l'azione alimentaria del marito contro la moglie (1). La decisione ci lascia qualche dubbio. Se il marito non possedeva nulla, la moglie era obbligata a sopportare intieramente i pesi della famiglia. Il primo di questi pesi consisteva nell'avere un domicilio. Dunque il domicilio coniugale poteva e doveva essere ristabilito a spese della moglie, e, per conseguenza, il marito riprendeva la direzione della casa, salvo alla moglie pagarne le spese. Tale è la legge, e noi non sappiamo con qual diritto i tribunali vi deroghino.

N. 3. — Diritti della moglie separata di beni.

I. — Dell'amministrazione e del godimento.

286. L'art. 1449 dice che la moglie separata di corpo e di beni, o di beni soltanto, ne riprende la libera amministrazione. Non è detto ch'essa ne riprenda anche il godimento. Era inutile dirlo. È una conseguenza naturale dello scioglimento della comunione e della separazione dei beni. Per principio, i frutti appartengono al proprieiario (art. 547). Quando i coniugi si maritano sotto il regime della comunione mettono in comune il godimento dei loro beni. La separazione giudiziaria scioglie la comunione, e quindi pone necessariamente termine al godimento del marito. La moglie riprende i suoi diritti di proprietaria. Trattando della separazione dei beni contrattuali, la legge dice che la moglie conserva il godimento libero dei suoi redditi (art. 1536), e lo dice anche dei beni parafernali sotto il regime dotale, essendo questi beni soggetti al regime di separazione (art. 1576). Dev'essere lo stesso in caso di separazione giudiziaria.

287. Ciò che diciamo del godimento deve estendersi anche all'amministrazione. La moglie riprende l'amministrazione dei proprii beni in forza del suo diritto di proprietaria. Se l'art. 1448 si spiega sull'amministrazione, è per dire che la moglie riprende la *libera* amministrazione dei suoi beni. Essa è *libera* nel senso che è sciolta dalla podestà maritale. Stando al rigore della legge, la moglie separata di beni resta sotto la podestà del marito. Per conseguenza essa non potrebbe fare alcun atto,

(1) Bordeaux, 31 maggio 1854 (DALLOZ, 1855, 2, 289).

nemmeno d'amministrazione, senza autorizzazione maritale o giudiziaria. L'art. 1449 fa eccezione all'incapacità della moglie in quanto concerne gli atti d'amministrazione, e le permette di farli liberamente senza bisogno d'alcuna autorizzazione. La deroga al diritto comune è grave, perchè si tratta di una eccezione alla podestà maritale che è d'ordine pubblico. La moglie separata di beni, quantunque rimanga sotto la podestà del marito, ne è liberata per gli atti più usuali della vita. Si vede come il rilassamento del vincolo che il matrimonio stabilisce fra i coniugi sia legale, poichè la legge stessa attenua la podestà maritale derogandovi.

Quali sono i motivi di questa eccezione? È probabilmente una necessità pratica che l'ha fatta introdurre. L'amministrazione esige atti frequentissimi, e che sovente devono farsi di seguito, senza alcun ritardo. Essa sarebbe intralciata se il marito o l'autorità giudiziaria dovessero intervenire in ogni atto che la moglie è nella necessità di compiere. In questo senso, la moglie doveva avere il diritto d'amministrare liberamente. Un'altra considerazione giustifica, almeno nei casi ordinarii, questa deroga al diritto comune. L'autorizzazione maritale è richiesta perchè il marito, capo della famiglia, esamini se l'atto che la moglie si propone di fare risponde al suo interesse ed a quello della famiglia. Questo suppone che il marito abbia l'abitudine e la capacità d'un uomo d'affari. In caso di separazione dei beni, questa supposizione è quasi sempre smentita dal disordine della sua gestione ed anche dai suoi costumi. Il marito non merita dunque di conservare la podestà maritale in tutta la sua pienezza (1). Questa giustificazione lascia, ci sembra, a desiderare. Diremo più avanti come la podestà maritale e, per conseguenza, la necessità dell'autorizzazione sussistano. La moglie deve essere autorizzata dal marito per alienare un immobile, per stare in giudizio. Se il marito conserva la sua autorità per gli atti più importanti, si potrebbe e si dovrebbe lasciargliela anche per atti di minore importanza. È dunque meno per indegnità che per necessità che la legge dispensa la moglie dall'autorizzazione riguardo agli atti d'amministrazione.

288. La moglie riprende il diritto d'amministrazione e il godimento dei suoi beni. Può essa lasciarli al marito, sia con una convenzione, sia di fatto e con un consenso tacito? E qual'è la conseguenza di questo fatto o di questa convenzione? La legge prevede queste questioni al capitolo della *Separazione contrattuale*. A termini dell'art. 1539, la moglie separata può lasciare di fatto il godimento dei suoi beni al marito. Diciamo di fatto, perchè la legge non suppone nessuna convenzione, nessun mandato, nemmeno tacito. A che cosa è tenuto, in questo caso, l marito? L'art. 1539 risponde: « Il marito non è tenuto, sia

(1) TROPLONG, t. I, p. 409, n. 1405.

sulla richiesta che la moglie potesse fargli, sia allo scioglimento della comunione, che a consegnare i frutti esistenti, e non è responsabile di quelli che sono stati consumati fino allora ». La moglie può dunque sempre riprendere tanto il godimento quanto l'amministrazione dei suoi beni. Essa ne ha il diritto finchè sussiste la separazione. Nella specie non interviene alcuna convenzione fra i coniugi. Il godimento del marito è dunque un puro fatto, e la moglie può mettervi fine quando vuole. Per qual motivo il marito, sulla richiesta della moglie o allo scioglimento del matrimonio, non deve dar conto che dei frutti esistenti e non dei frutti consumati? Perchè la moglie, lasciandogli il godimento senza mandato, gli lascia per ciò stesso i frutti onde sostenere i pesi del matrimonio.

L'art. 1539 si applica alla separazione giudiziaria? Lo si è contestato, e vi ha, infatti, un motivo di dubitare. La separazione convenzionale non suppone alcun disordine, alcuna irregolarità. Essa conferisce una grande indipendenza alla moglie senza che nulla si possa rimproverare al marito. Nulla impedisce dunque che, di fatto, la moglie, senza rinunciare alla sua indipendenza, lasci che il marito goda dei suoi beni. È tutto all'opposto in caso di separazione giudiziaria. Questa accusa un disordine qualunque. È il caso, dopo di aver domandato la separazione dei beni per mettere la dote e le riprese al coperto dal pericolo che le minaccia, di lasciare al marito un godimento ed una amministrazione di cui ha così male usato? E perchè, si dice, fare eccezione, in suo favore, alla regola che obbliga ogni mandatario a render conto? (1). Qui vi ha errore. L'art. 1539 non suppone alcun mandato. E siccome la separazione giudiziaria può aver luogo senza che vi sia cattiva amministrazione, nè mala condotta, non si vede perchè la moglie separata giudizialmente non potrebbe lasciare il godimento dei suoi beni al marito. Dopo tutto, essa gode dei suoi redditi come vuole, ed ha dunque il diritto di lasciarli al marito. La Corte di Bordeaux ha giudicato in questo senso. Essa dice benissimo che in diritto non vi ha alcuna differenza fra la separazione giudiziaria e la separazione contrattuale, e, in fatto, spetta alla moglie vedere quello che le convenga di fare. Infine, dal punto di vista dell'equità, sarebbe una obbligazione onerosissima quella di esigere dal marito la restituzione dei frutti consumati, quando egli ha dovuto credere che la moglie gli lascia i redditi per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio (2).

289. L'ipotesi di un mandato è prevista dall'art. 1577, il quale dice: « Se la moglie dà procura al marito di amministrare i suoi beni parafernali, a condizione di renderle conto dei frutti, il marito

---

(1) Odier, t. I, p. 373, n. 399. In senso contrario, Aubry e Rau, t. V, p. 405, nota 19, § 516.

(2) Bordeaux, 26 gennaio 1831 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1923).

sarà obbligato verso la moglie come ogni altro mandatario ». Questa disposizione, quantunque posta sotto la rubrica del regime dotale, è applicabile alla separazione dei beni, sia giudiziaria, sia convenzionale, perchè non fa che applicare il diritto comune. D'altronde il regime dei beni parafernali è, in realtà, il regime di separazione. Anzi l'art. 1578 ripete, pei beni parafernali, ciò che l'art. 1539 aveva detto dei beni personali della moglie sotto il regime della separazione convenzionale. Il diritto comune è sempre applicabile, salvo che non vi sia una deroga. Quando il marito è mandatario, deve dar conto dei frutti, senza distinzione tra i frutti consumati e i frutti ancora esistenti. Però, dovendo la moglie contribuire alle spese della famiglia proporzionatamente alle sue facoltà e a quelle del marito, questi può portare in conto la parte per cui deve contribuire la moglie. Essa sarà dedotta dal conto come spesa a carico della moglie.

290. L'art. 1579 prevede un'altra ipotesi la quale non è che una rara eccezione, poichè implica una violazione della legge. Esso suppone che il marito goda dei beni parafernali malgrado l'opposizione constatata della moglie. La legge decide ch'egli sarà responsabile di tutti i frutti, sia di quelli esistenti come di quelli consumati. In questo modo si assimila il marito usurpatore al marito mandatario. Se la legge dice che il marito deve dar conto dei frutti consumati, è in opposizione all'ipotesi dell'articolo precedente, ove si parla del godimento che la moglie lascia di fatto al marito. Ma non bisognerebbe indurne che il marito il quale gode malgrado la moglie non abbia altre obbligazioni che quelle che gli impone l'art. 1579. Egli commette un atto arbitrario e deve rispondere del danno che ne risulta per la moglie. Questa può dunque reclamare danni e interessi, se è il caso, oltre la restituzione dei frutti. Ma dovrà dirsi per questo che il marito, anche se usurpatore, non possa portare in conto la parte contributiva della moglie nelle spese della famiglia? È certo ch'egli ha questo diritto, perchè la moglie non è dispensata dall'adempiere le sue obbligazioni, quand'anche il marito violi la legge impossessandosi dell'amministrazione e del godimento, in onta ai diritti della moglie (1).

291. Agisca il marito di fatto o in forza d'un mandato, la moglie può sempre riprendere l'amministrazione e il godimento dei suoi beni. Il fatto non dà alcun diritto al marito, e il mandato è per sua essenza revocabile. Quand'anche la moglie avesse dichiarato di lasciare al marito l'amministrazione e il godimento, senza limite di tempo, o per tutta la vita, non sarebbe per questo obbligata, poichè in tal modo si ristabilirebbe indirettamente la comunione. Ora, la separazione dei beni non può cessare legalmente che sotto le condizioni determinate dalla legge. La Corte di Bordeaux ha giudicato così in un caso

(1) Aubry e Rau, t. V, pp. 405 e 406, § 516 (4.ª ediz.).

in cui la moglie aveva lasciato al marito, per sopperire alla sua contribuzione alle spese della famiglia, l'amministrazione e il godimento, durante il matrimonio, d'un fondo di cui essa aveva la proprietà. La moglie domandò la nullità di questa convenzione in virtù dell'art. 1451, il quale prescrive le condizioni e le forme secondo le quali è permesso ai coniugi di far cessare gli effetti della loro separazione. La nullità venne infatti pronunciata. Per vero, la moglie non può spogliarsi dell'amministrazione di tutti o di parte dei suoi beni, perchè in tal modo distruggerebbe o modificherebbe la sentenza che ha pronunciata la separazione, il che non può farsi che col ristabilire la comunione, conformemente all'art. 1451 (1).

II. — Quali atti può fare la moglie.

292. La legge non parla del godimento della moglie. Al capitolo della *Separazione contrattuale* è detto che la moglie separata conserva il *libero godimento* dei suoi redditi. Accade lo stesso della moglie separata giudizialmente. Essa è proprietaria, e la proprietà dà il diritto di godere nel modo più assoluto (art. 544). È vero che la moglie figura fra gl'incapaci, ma la sua incapacità non consiste che nella necessità dell'autorizzazione maritale o giudiziaria per gli atti giuridici che ha occasione di fare. La moglie separata non ha questa necessità per gli atti d'amministrazione ed è libera anche per quanto riguarda il godimento, nel senso che può disporre dei suoi redditi come crede, salvo quando lo faccia con un atto pel quale ha bisogno d'essere autorizzata. Tale sarebbe una donazione, come diremo più avanti.

293. La moglie ha la libera amministrazione dei suoi beni. Essa può dunque fare senza autorizzazione tutti gli atti che concernono l'amministrazione. Quali sono questi atti? Poichè la moglie non ha che la libera amministrazione e non la libera disposizione dei suoi beni, bisogna dire che non può fare senza autorizzazione se non gli atti che ha il diritto di fare un amministratore. Però il principio, così formulato, è troppo restrittivo. Vi ha una differenza radicale fra l'amministratore ordinario e la moglie separata di beni. Il primo amministra beni che non gli appartengono, mentre la moglie è proprietaria dei beni che amministra. Si comprende dunque come la moglie abbia facoltà più estese di quelle d'un semplice amministratore. Sarebbe più logico ragionare per analogia dalla moglie a un amministratore ordinario. Ma si possono almeno applicare alla moglie i principii che reggono l'amministratore di beni altrui? Sì, salvo a tener conto dei diritti più estesi che la legge accorda alla moglie.

---

(1) Bordeaux, 25 marzo 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

Vi ha un amministratore la cui condizione è, in apparenza, identica a quella della moglie. E il minore emancipato il quale pure amministra i suoi proprii beni. Si dovrà conchiudere che vi ha completa analogia tra la moglie separata e il minore emancipato? Lo si è sostenuto (1), ma, a nostro avviso, è un errore. Il testo stesso del codice stabilisce una differenza. A termini dell'art. 484, il minore emancipato non può fare da solo che atti di *pura* amministrazione. Il minore ha dunque minor potere d'un amministratore ordinario. Questo si comprende, essendo il minore emancipato incapace per la sua età e per la sua inesperienza. L'art. 1449 non si esprime in questi termini restrittivi parlando della moglie separata, ma dice ch'essa amministra liberamente i suoi beni. Invano si obbietta ch'essa è incapace. La sua incapacità è ben diversa da quella del minore. Noi la supponiamo maggiore, e quindi capace, secondo le leggi della natura. Se è colpita d'incapacità ciò accade unicamente in forza del suo matrimonio e della podestà maritale alla quale è soggetta, Ora, la legge la esonera precisamente da questa podestà almeno in parte. Bisogna dunque vedere fin dove la legge ha voluto estendere la libertà della moglie. É una questione affatto diversa da quella che concerne la capacità del minore emancipato. In sostanza, la condizione della moglie separata è tutta particolare. Non si può ricorrere all'argomentazione analogica che con grande circospezione.

294. L'affitto è un atto d'amministrazione? Sì, quando non oltrepassa nove anni. Se eccede questo limite, la legge lo considera come un atto di disposizione. Tale è la teoria del codice. Noi l'abbiamo esposta trattando dell'amministrazione dei beni della moglie che la legge affida al marito (n. 134). Questa distinzione va applicata alla moglie separata di beni? Vi ha un motivo di dubitare, ed è che la moglie è proprietaria. Sì. ma proprietaria incapace quando si tratta dei suoi immobili. Essa non può alienarli, dice l'art. 1449, senza il consenso del marito o, se questi rifiuta, senza essere autorizzata giudizialmente. Ciò risolve la questione. La moglie non può dunque affittare i suoi immobili che per un termine di nove anni, e non può rinnovare l'affitto che alle epoche determinate dalla legge. E l'opinione unanime degli scrittori (2).

L'affitto che eccede nove anni è nullo? È nullo come atto di disposizione, ma valido come atto d'amministrazione. Così decide il codice per ciò che concerne gli affitti fatti dal marito amministratore, dal tutore e dal minore emancipato. Vi ha lo stesso motivo di decidere per gli affitti consentiti dalla moglie. Se dunque essa ha fatto senza autorizzazione un affitto che eccede nove anni, non è vincolata che per un periodo di nove

(1) Bettur, *Della comunione*, t. II, p. 190, n. 514, e p. 336, n. 851.
(2) Vedi le autorità in Rodière e Pont, t. III, p. 657, n. 2189, nota 2.

anni. Chi può invocare la nullità dell'affitto considerato come atto di disposizione e domandare che sia ridotto? Bisogna applicare i principii che reggono l'incapacità della donna maritata, poichè è pel fatto che l'affitto è consentito da una donna maritata che non può valere come atto di disposizione. Ora, secondo l'art. 225, la nullità fondata sulla domanda d'autorizzazione non può essere opposta che dalla moglie, dal marito o dai loro eredi. Il conduttore non può invocarla, non essendo la nullità stabilita in suo favore (1).

Se l'affitto è fatto per nove anni, nessuno ha il diritto d'impugnarlo, poichè l'atto è fatto dalla moglie nei limiti della sua capacità. Si è preteso che il marito poteva impugnare l'affitto per viltà del prezzo in forza dell'art. 1448 che obbliga la moglie a contribuire alle spese della famiglia; se ne conchiudeva che il marito esercitava un controllo sull'amministrazione della moglie e che, per conseguenza, aveva il diritto di provocare l'annullamento degli atti che le recavano danno. È una di quelle pretese che falsano la legge sulla quale s'appoggiano. Dichiarando *libera* l'amministrazione della moglie, la legge la emancipa da ogni intervento del marito. Con qual diritto verrebbe egli ad impugnare un atto che la moglie separata è autorizzata a compiere? L'art. 1448 non dà al marito che un diritto, quello di esigere il contributo della moglie. Perchè il marito avesse il diritto d'agire, bisognerebbe che fosse creditore in virtù dell'art. 1448. Se l'affitto o qualsivoglia altro atto della moglie è fatto in frode del marito, questi può impugnarlo coll'azione pauliana; ma, per agire in virtù dell'art. 1167, non basta che l'atto rechi danno al marito, bisogna che sia fraudolento, ed è il marito che deve provare la frode (2).

295. Può la moglie ricevere e rilasciare quitanza d'un capitale mobile? A nostro avviso sì, perchè è un atto d'amministrazione. Secondo il codice civile, il tutore può ricevere i capitali del minore, anche senza il concorso del protutore. Se la nostra legge ipotecaria ha modificato questo principio, non è perchè intenda cambiare la natura dell'atto, ma unicamente per dare delle garanzie al minore contro il tutore i cui beni fossero insufficienti ad assicurare i diritti del pupillo. È vero che l'articolo 484 vieta al minore emancipato di ricevere un capitale mobile e di darne quietanza senza l'assistenza del curatore. Ma questa disposizione è speciale al minore, e il testo stesso del codice ne dà la ragione. Il curatore è incaricato di sorvegliare l'impiego del capitale ricevuto. È perchè la legge diffida della leggerezza e dell'imprevidenza del minore che fa intervenire il curatore. Questo motivo è estraneo alla moglie, che supponiamo maggiore. Essa resta dunque nel diritto comune. La legge

(1) Parigi, 24 dicembre 1859 (Dalloz, 1860, 5, 350).
(2) Douai, 24 luglio 1865 (Dalloz, 1866, 2, 29).

le permette di disporre dei suoi crediti. A maggior ragione deve avere il diritto di riscuoterli. È l'opinione comune, salvo il dissenso di Battur, del quale non teniamo alcun conto, perchè si fonda sopra una assimilazione erronea del minore emancipato alla moglie separata (1).

296. La moglie separata di beni può consentire la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria? Se la consente dopo aver riscosso il credito, è certo che lo può, e non comprendiamo come un conservatore delle ipoteche abbia rifiutato di cancellare l'iscrizione dietro il consenso della moglie. Infatti, il pagamento estingue il debito e, per conseguenza, l'ipoteca. La cancellazione ne è la necessaria conseguenza. Ogni amministratore ha il diritto di consentirla, ed a maggior ragione la moglie (2). Diversa è la questione di sapere se la moglie ha veste per accordare la cancellazione dell'iscrizione senza che il debito sia estinto. Sta il principio, come diremo spiegando la legge ipotecaria, che per consentire alla radiazione dell'iscrizione, quando sussiste il debito, bisogna avere la capacità d'alienare. Ora, la moglie separata di beni può disporre dei suoi mobili ed alienarli a titolo oneroso. Essa può dunque, a questo titolo, accordare la cancellazione dell'iscrizione.

297. La moglie separata di beni può fare acquisti mobiliari o immobiliari? Bisogna distinguere. Acquistare per impiegare i redditi o un capitale mobile rimborsato è un atto d'amministrazione che gli amministratori dei beni altrui possono compiere. È l'impiego più cauto che esista. A questo titolo, le leggi stesse lo comandano. Rimandiamo a quanto si è detto sulla tutela e sulla sostituzione fidecommissaria lecita. Ma la questione cambia aspetto se per acquistare la moglie deve prendere a prestito. Quanti proprietari si sono rovinati prendendo a prestito, sia pure al tasso legale, importanti somme per acquistare immobili che non rendevano loro il due per cento! Prendere a prestito per speculare è un atto rovinoso. Vi ritorneremo sopra più avanti. È certo che la moglie separata di beni non ha questo diritto. Tanto varrebbe concederle di rovinarsi (3).

298. Vi è un altro impiego che ha dato luogo a qualche dubbio. Può la moglie impiegare i suoi capitali in rendita vitalizia? Se non avesse che poteri di semplice amministrazione, la decisione sarebbe dubbia. L'impiego, vantaggioso per lei, può essere rovinoso pei suoi figli, ed essa medesima può fare una cattivissima speculazione. Si potrebbe dire che l'amministratore

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 403, nota 55, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 253, n. 101 *bis* II. In senso contrario, Bettur, t. II, p. 336, n. 651, p. 190, numero 514.

(2) Liegi, 11 maggio 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 353). Colmet de Santerre, t. VI, p. 253, n. 101 *bis* II.

(3) Aubry e Rau, t. V, p. 404, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 254, numero 101 *bis* II.

non ha il diritto di speculare, ed ogni contratto aleatorio è una specie di giuoco in cui si può guadagnare e si può perdere. Ma la moglie separata ha una capacità che eccede quella dell'amministratore. La legge le permette d'alienare i suoi mobili e di disporne. Ora, impiegare i proprii capitali in rendita vitalizia è fare un atto d'alienazione. Dunque la moglie ne ha il diritto. È questa la dottrina della maggior parte degli scrittori, e la giurisprudenza è nello stesso senso (1).

299. La moglie separata di beni ha un patrimonio distinto da quello del marito. Non vi sono più interessi comuni fra loro. Quando la moglie acquista sotto il regime della comunione, il bene diventa un acquisto di comunione. Se acquista quando è separata, il bene è un bene suo proprio, perchè essa diventa proprietaria, e tutto ciò che possiede è sua proprietà. Il principio è incontestabile. Tuttavia l'applicazione ha sollevato alcune contestazioni.

Un primo punto è certo, ed è che la moglie la quale acquista è debitrice. Essa sola interviene nel contratto; il marito non vi figura nemmeno per autorizzarla, e quando l'autorizzasse, gli si applicherebbe il principio: chi autorizza non s'obbliga. Si è dato il caso che il marito acquistasse per conto della moglie, e quindi come mandatario. In questa ipotesi è sempre la moglie che acquista e che è, per conseguenza, debitrice, siccome quella che è proprietaria. La Corte di cassazione ha giudicato così, e non vi ha dubbio alcuno (2).

Diciamo che la moglie è proprietaria. È stato però giudicato che, se un immobile viene acquistato dalla moglie o in suo nome colla dichiarazione che il prezzo è pagato con denari suoi, i creditori possono impugnare la dichiarazione siccome fraudolenta e, per conseguenza, sequestrare l'immobile come appartenente al marito (3). La decisione ci pare dubbia. I creditori possono impugnare qualunque atto del loro debitore il quale sia fatto in frode dei loro diritti. Nel caso concreto l'acquisto era fatto dalla moglie. Il marito, è vero, aveva somministrato i denari, ma non è colui che somministra i denari che diviene proprietario, sibbene chi figura nel contratto come compratore. Non si deve conchiuderne che la moglie era divenuta proprietaria e che il solo diritto dei creditori consisteva nel domandarle il rimborso della somma che il marito le aveva somministrata per fare l'acquisto? Non bisogna confondere questo caso con quello in cui il marito facesse un acquisto per suo conto, ma sotto il nome della moglie, allo scopo di fro-

---

(1) TROPLONG, t. I, p. 413, n. 1422. AUBRY e RAU, t. VI, p. 404, nota 59, § 516 Parigi, 17 maggio 1834 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1983). Sentenza del tribunale della Senna, 3 febbraio 1869 (DALLOZ, 1871, 3, 109).

(2) Rigetto, sezione civile, 20 aprile 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 178).

(3) Rigetto, 28 febbraio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 401).

dare i creditori. In questo caso è certo che il marito diviene proprietario e i suoi creditori possono impugnare l'atto in cui la moglie figura come prestanome del loro debitore. Tale non era il caso giudicato dalla Corte di cassazione. Ciò che vi era di fraudolento non era l'acquisto. L'acquisto per conto della moglie era serio, e quindi doveva essere mantenuto.

300. Per i mobili si presentano altre difficoltà. La moglie separata di beni percepisce metà della comunione. Essa l'accetta e il marito le cede la propria quota per soddisfare le sue riprese. Ne risulta che la moglie sarà presunta proprietaria di tutti i mobili che si trovano nel domicilio coniugale? La Corte di Besançon ha giudicato benissimo che nel caso concreto non vi era nessuna presunzione. Il marito può acquistare effetti mobili dopo la separazione dei beni. Siccome la vita comune continua, i mobili dei due coniugi si confonderanno, ma ciò non toglie che ciascuno sia proprietario degli effetti che ha acquistato. È quanto dire che si resta sotto l'impero del diritto comune (1).

I tribunali amano decidere secondo le presunzioni risultanti dalle circostanze della causa. Essi ne hanno il diritto, dato che la prova per semplici presunzioni sia ammissibile. Ma essa non lo è che nei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale. Non bisogna mai perdere di vista questa disposizione dell'art. 1353 che si dimentica troppo di sovente nella pratica, come se le presunzioni dell'uomo fossero una prova di diritto comune. La moglie separata può esercitare un commercio distinto da quello del marito. Per conseguenza essa diviene proprietaria dei mobili acquistati cogli utili del suo commercio e colle sue economie. Questo è incontestabile. Ma se ne può indurre, come ha fatto la Corte di Caen, che esiste la presunzione essere i mobili trovati in suo possesso di sua proprietà e che, per conseguenza, non possono essere sequestrati dai creditori del marito? (2). Siccome si tratta d'una presunzione di fatto, essa è per ciò solo lasciata all'apprezzamento del giudice, salvo a vedere se il giudice ha il diritto d'invocare delle presunzioni. Su questo punto rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni.*

Dopo una sentenza che pronunciava la separazione dei beni, la moglie si ritirò nella sua proprietà per coltivarla. Il marito ne la seguì e l'aiutò nell'impresa. A chi appartenevano i mobili della tenuta, i cavalli, i veicoli che servivano alla coltivazione delle terre? I creditori pretendevano che i veicoli fossero proprietà del marito, perchè le placche portavano il suo nome. La loro pretesa fu respinta dalla Corte di Caen, la quale si fondò sulle circostanze della causa (3). La questione è sempre

(1) Besançon, 22 dicembre 1854 (DALLOZ, 1854, 2, 233).
(2) Caen, 4 dicembre 1844 (DALLOZ, 1845, 4, 470, 4.°, 3.°).
(3) Caen, 15 gennaio 1849 (DALLOZ, 1849, 2, 181).

la stessa. Le circostanze della causa sono presunzioni dette dell'uomo. Il giudice può valersene, ma ad una condizione, che sia ammissibile la prova testimoniale.

III. — La moglie separata di beni può alienare i suoi beni mobili?

301. L'art. 1449 dice che la moglie può disporre dei suoi mobili e alienarli. Questo diritto di disposizione è assoluto, o non appartiene alla moglie che nei limiti del suo potere d'amministrazione? La questione è molto controversa. A noi pare che il testo la decida. Abbiamo trascritto le parole della legge. Si direbbe che il legislatore ha previsto le contestazioni alle quali può dar luogo il diritto di disposizione della moglie e che ha voluto risolverle anticipatamente. Esso non si limita a dire che la moglie può alienare i suoi mobili, ma soggiunge che ne può disporre, accumulando così due espressioni per indicare il pieno potere della moglie. Non vi ha una sola parola nella legge la quale restringa questo potere assoluto.

Si pretende che la restrizione risulti dalla combinazione degli articoli 217 e 1449. L'art. 217 dispone che la moglie, anche se non sia in comunione, ovvero sia *separata di beni*, non può donare, *alienare*, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso, senza l'autorizzazione del marito. Ecco una incapacità assoluta d'*alienare*. Si può ammettere che il legislatore, dopo aver detto che *la moglie separata non può alienare*, statuisca tutto il contrario nell'art. 1449, permettendo alla moglie d'alienare i suoi mobili e di disporne senza distinzione alcuna? Bisogna conciliare, si dice, le due disposizioni, e l'art. 1449 ne spiega come la conciliazione possa farsi. Il primo alinea pone il principio. La moglie riprende la libera amministrazione dei suoi beni. Essa non può dunque fare che atti d'amministrazione. Ecco la sua capacità. Quello che la legge aggiunge deve riferirsi a questa regola fondamentale. Essa permette alla moglie separata di disporre dei suoi mobili, ma sotto la condizione che l'alienazione riguardi l'amministrazione, vale a dire che sia un atto d'amministrazione. Tale è l'argomento che la giurisprudenza invoca dandogli una forma giuridica che sembra decisiva. L'art. 217 stabilisce come regola l'incapacità d'alienare, l'art. 1449 consacra un'eccezione. L'eccezione non potrebbe distruggere la regola, ma la modifica soltanto. Dunque bisogna restringere il diritto d'alienare nei limiti del potere d'amministrazione. Noi crediamo che la proposta distinzione non è quella che il legislatore ha inteso di fare. Senza dubbio, la disposizione dell'art. 217 è troppo assoluta in quanto riguarda la moglie separata di beni. Essa è troppo assoluta non solo in quello che dice del diritto d'*alienare*, ma anche in quanto concerne il diritto d'*acquistare il titolo oneroso*. Vi è dunque una restrizione o un'eccezione da fare all'art. 217. Su che cade l'ecce-

zione? L'art. 1449 l'indica chiarissimamente. Esso contiene due principii, l'uno pel diritto d'amministrazione, l'altro per quello di disposizione. Quanto al potere d'amministrare, la moglie lo possiede in tutta la sua pienezza. Essa amministra liberamente, ed è questa già una deroga all'art. 217 il quale proibisce alla moglie d'acquistare a titolo oneroso, mentre l'art. 1449 le dà questo diritto accordandole la libera amministrazione. La seconda regola che contiene l'art. 1449 è relativa al diritto di disposizione. Qui la legge distingue. Essa permette alla moglie d'alienare i suoi mobili senza autorizzazione, ma mantiene la necessità dell'autorizzazione per l'alienazione degli immobili. Ecco la distinzione e l'eccezione che concilia l'art. 1449 coll'art. 287. La legge applica la regola dell'art. 217 all'alienazione degli immobili, e vi deroga quanto all'alienazione dei mobili.

Il nesso che si pretende stabilire fra il secondo alinea dell'art. 1449 e il primo è in opposizione col testo e collo spirito della legge. Si tratta di due ordini d'idee affatto diversi. Il primo alinea discorre del diritto d'amministrazione, il secondo del diritto di disposizione e così pure il terzo. Il diritto d'amministrare non è soggetto ad alcuna restrizione: esso è libero. Il diritto di disposizione, al contrario, non è libero. Esso non lo è che per i mobili, ma non per gl'immobili. Quanto ai mobili, la libertà di disporne è espressa in termini così assoluti come per il potere d'amministrare. Nulla nel testo indica che la moglie non abbia il diritto d'alienare che nei limiti del suo potere di amministrazione. Anche lo spirito della legge non consente di ammettere questa restrizione. Il diritto d'alienare interessa tanto i terzi quanto la moglie. Perchè la moglie possa vendere fa d'uopo che trovi dei compratori. Ora ciò che i compratori domandano anzitutto è una piena garanzia. Essi non compreranno se la moglie o i suoi creditori possano pretendere che la vendita sia nulla, perchè non fatta pei bisogni dell'amministrazione della moglie. E come si vuole che i terzi sappiano se la moglie vende i suoi mobili pei bisogni della sua amministrazione o meno? Nell'incertezza in cui versano sulla sorte del loro acquisto, essi non compreranno, e il diritto d'alienare, che la legge consacra in termini così assoluti, diventerà lettera morta, o, meglio ancora, sarà cancellato dal codice. Se ne vuole la prova? La giurisprudenza ammette che l'alienazione è valida o nulla, secondo che è fatta o meno pei bisogni dell'amministrazione. Chi sarà giudice di questa condizione? Si legge in una sentenza della Corte di Nancy: « Spetta ai tribunali apprezzare se l'alienazione consentita dalla moglie rientri o meno nei limiti del diritto d'amministrazione » (1). È quanto dire che dipende

(1) Nancy, 24 giugno 1854 (DALLOZ, 1855, 5, 407).

dal potere arbitrario del giudice mantenere l'alienazione o annullarla. È questo forse che dice l'art. 1449?

302. Quasi tutti gli scrittori si sono pronunciati per l'opinione da noi sostenuta (1). La giurisprudenza pare contraria. Si legge in più di una sentenza della Corte di cassazione che l'art. 1449 deroga all'art. 217. Ora, ogni eccezione deve essere intesa in un senso restrittivo. La Corte ne conchiude che la facoltà accordata alla moglie separata di beni di disporre dei suoi mobili e d'alienarli deve essere ristretta agli atti che hanno per causa l'amministrazione de' suoi beni (2). In apparenza, la sentenza tronca la questione. In realtà, le decisioni della Corte non vanno tant'oltre come i considerandi. La questione che le era sottoposta non era di sapere se l'alienazione diretta dei mobili della moglie è valida senza autorizzazione maritale. La questione, posta in questi termini, non è mai stata giudicata dalla Corte. Si è sempre trattato di sapere se la moglie può disporre indirettamente dei suoi mobili obbligandosi. La Corte di cassazione decide ch'essa non ha il diritto d'obbligarsi che per i bisogni della sua amministrazione, il che è giustissimo, come diremo più avanti. Ma la Corte ha torto di applicare al diritto d'alienare ciò che è vero del diritto d'obbligarsi. Si confondono così due ordini di concetti affatto distinti. Ritorneremo su questo punto che è importantissimo. Le Corti d'appello giudicano nello stesso senso. La Corte di Parigi è tanto convinta della verità di questa dottrina che la chiama evidente (3). Si trattava anche in questo caso d'una obbligazione contratta da una moglie separata di beni, di modo che l'opinione che la Corte trova evidente riposa sulla confusione d'idee che abbiamo segnalata. Si potrebbe anzi dire che questa confusione è un errore palese. Non lo diremo. Contentiamoci di stabilire i veri principii. Tutti possiamo ingannarci. Evitiamo dunque di trovare evidente tutto ciò che noi crediamo e di chiamare errore quel che pensano i nostri avversarii.

Vi ha sulla presente questione una sentenza del tribunale della Senna conforme alla nostra opinione, e motivata assai meglio che non lo siano tutte le sentenze della Corte suprema pronunciate in questa materia. Il tribunale rileva la confusione fra il diritto d'alienare e il diritto di obbligarsi che abbiamo incontrato nella giurisprudenza, e stabilisce nettamente la distinzione che risulta dal testo e dallo spirito dell'art. 1449. Si è fatta un'obbiezione, ma essa s'indirizza al legislatore. I valori mobiliari vanno ogni giorno crescendo. Un gran numero di patrimonî sono esclusivamente mobiliari. Non è pericoloso per-

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 403, nota 56, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, pagina 254, n. 201 *bis* III.

(2) Cassazione, 5 maggio 1829, 7 dicembre 1830 e 3 gennaio 1831 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1971).

(3) Parigi, 27 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 2, 210).

mettere alla moglie d'alienare senza autorizzazione tutti i suoi mobili? È pericoloso come è pericoloso permetterle d'obbligarsi E quale contraddizione, in fatto! Si vieta alla moglie d'alienare senza autorizzazione un appezzamento di terreno, che non vale cento franchi, e le si permette d'alienare valori che ammontano a centinaja di migliaja di lire! Il tribunale risponde che se, avuto riguardo alla trasformazione che s'opera nella natura dei patrimoni, è pericoloso lasciare alla moglie piena libertà di disporre de'suoi mobili, spetta al legislatore provvedervi. Quanto al giudice, il suo diritto consiste unicamente nell'interpretare la legge. Ora, la legge deve essere interpretata secondo la tradizione e lo stato sociale del tempo in cui la tradizione si è formata. Quanto al nostro stato sociale, non spetta al giudice tenerne conto; è il legislatore che deve modificare le leggi quando la società si trasforma (1).

303. Che cosa s'intende colla parola *mobili* nell'art. 1449? Il tribunale della Senna, nella sentenza da noi accennata, dice che questa espressione ha il significato che le dà l'art. 535, vale a dire ch'essa comprende non solo i mobili corporali, ma anche i crediti, le obbligazioni, le azioni, le rendite sullo Stato. Ciò non è dubbio, perchè l'art. 1449 non parla unicamente dei mobili, ma anche degli immobili, e quindi abbraccia tutti i beni della moglie. La necessità dell'autorizzazione non è mantenuta che per l'alienazione degli immobili. La moglie può farne senza per l'alienazione dei mobili, e quindi può alienare liberamente tutto ciò che non è immobile.

304. Può la moglie convertire in titoli al portatore i titoli nominativi delle azioni industriali o commerciali? Quello che rende dubbia la questione si è che le leggi non permettono questa conversione alle persone incapaci. E si è preteso, davanti la Corte di cassazione, che la moglie separata di beni doveva essere posta fra gli incapaci. Ciò dipende dall'interpretazione che si dà all'articolo 1449. Secondo la nostra opinione la moglie può alienare le sue azioni. A maggior ragione può trasformare titoli nominativi in titoli al portatore, non essendo questa un'alienazione. Ma la trasformazione facilita l'alienazione, il che la rende pericolosissima per la moglie separata di beni, poichè le si procura il mezzo di rovinarsi. L'obbiezione, ancora una volta, va indirizzata al legislatore. La Corte di cassazione si è pronunciata in questo sesno (2).

305. Può la moglie dividere delle successioni mobiliari? Se si ammettesse che la moglie non ha che un potere d'amministrazione, la questione sarebbe molto dubbia, perchè il diritto d'amministrare non contiene in sè quello di dividere. La legge esige

---

(1) Sentenza del 9 luglio 1872 (DALLOZ, 1872, 3, 96).

(2) Parigi, 12 luglio 1869, e Rigetto, 8 febbraio 1870 (DALLOZ, 1870, 2, 29 e 1870, 1, 336). Cfr. le leggi citate in nota (DALLOZ, 1870, 1, 336).

una capacità speciale per procedere ad una divisione, capacità minore di quella del proprietario, ma maggiore di quella dell'amministratore. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Successioni*. Avendo la moglie capacità d'alienare i suoi diritti mobiliari, la decisione non è dubbia (1).

306. L'art. 2045 stabilisce che per transigere bisogna avere la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione. Se dunque la transazione concerne diritti mobiliari, la moglie separata di beni può consentirla, poichè la legge le accorda il diritto di disporre dei suoi effetti mobili e di alienarli. Sotto questo rapporto, la capacità della moglie separata differisce grandemente dalla capacitá d'un amministratore. Il tutore non può transigere che sotto condizioni rigorosissime, mentre la moglie lo può anche senza autorizzazione, quando si tratta dei suoi diritti mobiliari, e ciò perchè la moglie è più che un semplice amministratore: essa è proprietaria, e proprietaria capace d'alienare i suoi diritti mobiliari, mentre l'amministratore non può alienare, almeno secondo la nostra opinione (2).

307. Può la moglie disporre dei suoi mobili a titolo gratuito? Si potrebbe crederlo stando ai termini dell'art. 1449, ma bisogna combinare questa disposizione con quelle degli articoli 217 e 905. L'art. 217 dice che la moglie separata di beni non può *donare*, *alienare* senza autorizzazione. Esso distingue dunque la *donazione* dall'*alienazione* a titolo oneroso. Ora, l'art. 1449 non deroga all'art. 217 che per ciò che riguarda il diritto d'*alienare*, esso non parla del diritto di *donare*. Dunque l'incapacità della donna sussiste. L'art. 905 conferma questa interpretazione. Esso stabilisce, in termini assoluti, l'incapacità di donare che è pronunciata dall'art. 217. Perchè il legislatore ripete una proibizione che aveva già consacrata? Perchè vi ha un motivo speciale di dichiarare la moglie incapace di donare, quali che siano le convenzioni matrimoniali dei conjugi. I buoni costumi esigono che il marito intervenga per autorizzare le liberalità che la moglie vuol fare. Questo motivo domina ogni altra considerazione. Ecco perchè l'art. 905 non distingue sotto qual regime la moglie è maritata. L'interesse morale su cui è fondata l'incapacità esclude ogni distinzione (3).

È sottinteso che la moglie non può fare indirettamente ciò che la legge le proibisce di fare direttamente. Citeremo un caso che si è presentato davanti la Corte di Parigi. È un saggio dei costumi. Durante la malattia del marito la moglie va a consultare un *magnetizzatore*. Questi firmò un biglietto

---

(1) Bellot, t. II, p. 155. Cfr. Troplong, t. I, p. 413, n. 1421, che dà una cattiva ragione. Che importa che la divisione non sia un'alienazione? Questo prova che sia un atto d'amministrazione?

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 404, nota 57, § 516 (4.ª ediz.).

(3) È l'opinione unanime degli scrittori. Aubry e Rau, t. V, p. 409, nota 79, § 516. Bisogna aggiungere Colmet de Santerre, t. VI, p. 256, n. 101 *bis* IV

con cui riconosceva di aver ricevuto, in vita, la somma di sedicimila lire, la quale non doveva essere rimborsata che dopo la sua morte. Ora, il preteso debitore era molto più giovane della signora, e non doveva prestare interessi finchè viveva. Fu giudicato che il mutuo larvasse una liberalità, la quale era nulla, poichè la moglie separata non ha diritto di fare delle liberalità senza autorizzazione maritale (1).

IV. — La moglie separata di beni può obbligarsi?

1. — Può obbligarsi per l'amministrazione dei suoi beni?

308. L'art. 217, che stabilisce il principio dell'incapacità della donna maritata, enumera gli atti pei quali deve essere autorizzata dal marito. Esso non parla del diritto di contrattare o d'obbligarsi. Ma l'incapacità di obbligarsi risulta dagli articoli che seguono. Su questo punto non vi ha alcun dubbio. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo del *Matrimonio* (v. III, n. 97). La regola essendo che la moglie è incapace di obbligarsi, dobbiamo vedere se la legge faccia un'eccezione per la moglie separata di beni. Ora, l'art. 1449 si limita a dire che la moglie separata amministra liberamente i suoi beni, dappoichè può disporre dei suoi beni mobili ed alienarli. Risulta da ciò una capacità relativa o generale di obbligarsi.

Dicendo che la moglie separata di beni può fare gli atti d'amministrazione senza autorizzazione, la legge decide implicitamente ch'essa può obbligarsi quando amministra. Infatti, è impossibile amministrare senza obbligarsi. La moglie affitta uno dei suoi beni, essa contrae delle obbligazioni come locatrice. Lo stesso fatto giuridico è ad un tempo un atto d'amministrazione ed una obbligazione. L'atto d'amministrazione non può esser valido senza che lo sia l'obbligazione. La legge consacra tale principio per quanto riguarda il minore emancipato. Questi può domandare la *riduzione* delle obbligazioni che contrae con acquisti od altro, quando sono eccessive (art. 484), il che suppone che l'obbligazione sia valida, perchè contratta per un atto di amministrazione. Acquistare è amministrare. Se il minore emancipato può obbligarsi pei bisogni della sua amministrazione, a maggior ragione la moglie separata di beni ha questo diritto, perchè i suoi poteri sono più estesi di quelli del minore (n. 293).

309. Su questo punto dottrina e giurisprudenza sono d'accordo. Non si deve andare più oltre e dire che la moglie può obbligarsi anche quando non si tratta d'un atto d'amministrazione, nel senso almeno che contrattando essa obbliga i

(1) Parigi, 29 gennaio 1874 (DALLOZ, 1874, 2, 224).

suoi mobili? In appoggio di questa opinione s'invoca l'art. 1449. La legge dà alla moglie il diritto di disporre de' suoi mobili e d'alienarli, mentre le proibisce d'alienare i suoi immobili senza autorizzazione. Se la moglie può alienare i suoi mobili direttamente, perchè non potrebbe farlo indirettamente obbligandosi e dando ai creditori il diritto di sequestrare i suoi mobili? L'obbligazione sarà dunque valida, salvo che darà al creditore una garanzia incompleta. Egli avrà per garanzia i mobili della moglie, di cui questa poteva disporre; non avrà invece per garanzia i suoi immobili, perchè la moglie non può disporne.

La Corte di cassazione si è dapprima pronunciata in favore di questa opinione. Una sentenza di rigetto dice che, essendo la moglie separata autorizzata a disporre de' suoi mobili e ad alienarli, essa può, per natural conseguenza, obbligarsi fino a concorrenza dei detti mobili. La Corte di Rouen aveva giudicato in senso contrario. Il caso non poteva essere più sfavorevole. È detto nella sentenza che la moglie si era obbligata all'infuori dei bisogni della sua amministrazione, che aveva compromesso i suoi mezzi d'esistenza e quelli della propria figlia. Interposto ricorso, la sentenza venne cassata. Nessuna considerazione, dice la sentenza, può prevalere alla legge. Dire che la moglie non può obbligarsi, quando la legge dichiara ch'essa può alienare i suoi mobili, è restringere la legge, e quindi violarla e commettere un eccesso di potere, perchè il giudice, restringendo la legge, vi deroga e si sostituisce al legislatore (1).

310. La Corte di cassazione s'ingannava. Essa ha riconosciuto il suo errore mutando giurisprudenza. Ma una volta messi sopra una falsa via, è difficile uscirne. Anche la nuova giurisprudenza della Corte suprema va soggetta a censura. Essa ha cominciato col confondere il diritto d'alienazione e il diritto che ha il debitore di obbligarsi dando per garanzia al creditore i beni che può alienare, e questa stessa confusione si trova nell'ultima dottrina della Corte suprema. Importa dunque stabilire nettamente la distinzione che la Corte di cassazione disconosce. Nulla, a primo aspetto, pare più naturale e logico del ragionamento che ha tratto in errore la Corte. La moglie separata di beni può disporre direttamente de' suoi mobili: per qual motivo non potrebbe disporne indirettamente? Essa sarebbe libera di vendere i proprii effetti mobili al suo creditore, e può concepirsi che non le sia lecito di conferirgli il diritto di farli vendere? In realtà, grande è il divario fra questi due fatti giuridici, alienare e obbligarsi. Chi aliena si spoglia immediatamente, e non lo farà che in caso di necessità attuale, o se vi trova un vantaggio certo. La condizione di chi si obbliga è tutt'altra. La moglie assume un mutuo, riceve i denari, e quantunque sappia che deve restituirli,

(1) Rigetto, 16 marzo 1813. Cassazione, 18 maggio 1819 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1970).

non si priva, pel momento, d'alcuno dei suoi beni, non pensa nemmeno ch' essa impegna i suoi mobili e che il creditore avrà diritto di sequestrarli, perchè spera di rimborsare ciò che ha preso a prestito. Questa facilità d'impegnarsi per l'avvenire costituisce un immenso danno pel debitore imprudente, e quindi la legge deve impedirglielo quando non è pienamente capace. Il diritto d'obbligarsi non è dunque una conseguenza del diritto d' alienare. La legge può accordare alla moglie il diritto d' alienare e vietarle di obbligarsi in forza della sua incapacità, perchè essa non deve dare alla moglie incapace un diritto che le faciliterebbe il mezzo di rovinare sè e la sua famiglia. La legge segue questo principio in tutti i casi d'incapacità. Il minore emancipato non acquista che una semicapacità. Capace di fare gli atti di semplice amministrazione, resta incapace quando l'atto eccede i limiti dell'amministrazione, donde la conseguenza che il minore può obbligarsi soltanto nei limiti del suo potere d'amministrazione. Anche la moglie separata di beni non ha, per principio, che la libera amministrazione del suo patrimonio, e quindi non può obbligarsi che entro questo limite, fuori del quale rimane incapace. Dal permesso che la legge le concede d'alienare i suoi mobili non si può conchiudere ch'essa abbia il potere illimitato d' obbligarsi, perchè l' alienazione può essere necessaria o vantaggiosa, mentre il diritto di obbligarsi sarebbe per essa una causa di rovina (1).

Ecco la teoria della legge. Essa è certo più previdente per la moglie che la prima giurisprudenza della Corte di cassazione. Tuttavia si può obbiettare l'interesse dei terzi che contrattano colla donna. Noi abbiamo riconosciuto alla moglie, colla maggior parte degli scrittori, il diritto illimitato d'alienare i suoi mobili, e, in appoggio di questa opinione, abbiamo invocato l'interesse dei terzi, ai quali sarebbe impossibile sapere se l'alienazione si fa o meno nell'interesse dell'amministrazione dei beni della moglie. Non è lo stesso dei terzi verso i quali la moglie si obbliga? L'obbligazione sarà valida se riguarda l'amministrazione; nulla se è estranea alla medesima. Se si tien conto dell'interesse dei terzi in caso d'alienazione, perchè non se ne fa calcolo quando si tratta d'obbligazioni? La differenza che la legge stabilisce fra questi due fatti giuridici si giustifica benissimo. Il numero degli atti d'amministrazione è limitatissimo, ed è dunque facile ai terzi di sapere se la moglie che contratta con loro amministra e si obbliga per la sua amministrazione, mentre l'alienazione dei mobili non ha alcun rapporto diretto coll'amministrazione dei beni. Sarebbe dunque impossibile ai terzi sapere se la moglie che aliena fa o non fa un atto d'amministrazione. Aggiungiamo che la causa dei terzi ai quali la moglie vende

(1) Rodière e Pont, t. III, p. 661, n. 2193. Colmet de Santerre, t. VI, p. 261, n. 101 *bis* XII.

è più favorevole che quella dei terzi verso i quali essa si obbliga all'infuori della sua amministrazione. I terzi compratori rendono un servizio alla moglie, i terzi creditori l'aiutano a rovinarsi (1).

311. La Corte di cassazione è ritornata sulla sua giurisprudenza. Sei sentenze, di cui tre della sessione civile, hanno consacrato la nuova dottrina (2). Non è ragionevole pretendere, dice la Corte, che, concedendo alla moglie separata di beni il potere di disporre dei suoi mobili e di alienarli, l'art. 1449 l'autorizzi ad obbligarsi indefinitivamente per ogni causa, salvo a non eseguire l'obbligazione che sopra i suoi mobili. Ne seguirebbe che, dal momento che la separazione fosse pronunciata, la moglie potrebbe alienare i suoi mobili presenti e futuri ed operare la sua rovina e quella dei suoi figli, il che può essere entrato nelle viste del legislatore. No, certo, tale non è lo spirito della legge. Ma se il testo fosse in favore di questo potere pericoloso, bisognerebbe attenervisi. È dunque il testo, ch'era sembrato da prima decisivo alla Corte, ch'essa avrebbe dovuto interpretare, stabilendo i veri principii. La Corte ha, invece, perseverato nel suo primo errore, continuando a confondere il diritto d'alienare con quello d'obbligarsi. Essa non s'è limitata a giudicare che la moglie non può obbligarsi che nei limiti del suo potere d'amministrazione, ma ha deciso anche che la moglie non poteva alienare che per i bisogni della sua amministrazione di modo che, secondo il concetto della Corte, il diritto d'obbligarsi dipende sempre dal diritto d'alienare. Essa aveva creduto da prima che il diritto d'alienare della moglie fosse illimitato, e ne aveva conchiuso che il suo diritto d'obbligarsi era del pari illimitato. Poi ha considerato il diritto di alienare come limitato dal potere d'amministrazione, ed ha ammesso lo stesso limite pel diritto d'obbligarsi. Noi abbiamo combattuto questa confusione di due diritti ben distinti. Aggiungiamo, che, appoggiando la nuova dottrina sul diritto limitato d'alienare, le si dà una base molto fragile, perchè questo diritto, anzichè essere limitato dal testo, è illimitato, come diceva benissimo la prima giurisprudenza della Corte. Bisogna dunque cercare un altro fondamento al principio che la moglie separata non può obbligarsi indefinitamente. Noi l'abbiamo trovato nel testo del codice. È una base incrollabile. Quanto al diritto assoluto d'alienare, esso non importa il diritto assoluto di obbligarsi, perchè altro è alienare, altro obbligarsi.

312. La nostra dottrina, che è quella della maggior parte degli scrittori, e la teorica della Corte di cassazione s'accordano sul

---

(1) È l'opinione quasi generale degli scrittori. Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. V, p. 408, nota 77, § 516, ed in RODIÈRE e PONT, t. III, p. 661, nota 1. Aggiungi COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 257, n. 101 *bis* VII e VIII.

(2) Rigetto, 12 febbraio 1828, 18 marzo 1829, 7 dicembre 1829. Cassazione, 5 maggio 1829, 7 dicembre 1830 e 3 gennaio 1831 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1971).

principio al quale mettono capo. La moglie non ha il diritto di obbligarsi che per i bisogni della sua amministrazione. Resta a sapere quando si può dire che l'obbligazione contratta dalla moglie riguarda la sua amministrazione. In teoria, la risposta è semplicissima. La moglie non ha il diritto d'obbligarsi se non perchè non può amministrare senza obbligarsi. Bisogna dunque vedere se l'atto giuridico pel quale essa si obbliga è un atto d'amministrazione. In questo caso l'obbligazione è valida. Se l'atto eccede i limiti dell'amministrazione, l'obbligazione sarà nulla. Nell'applicazione, resta sempre una difficoltà, la difficoltà di distinguere gli atti d'amministrazione che la moglie ha il diritto di fare. Noi abbiamo esaminato la questione più sopra (nn. 292-300).

Basta che la moglie dichiari di obbligarsi pei bisogni della sua amministrazione perchè l'obbligazione sia valida? No, certo. La stessa cura ch'essa si prende di constatare che fa un atto d'amministrazione è sospetta. In una causa portata davanti la Corte di cassazione, la moglie, firmando un'obbligazione di duemila lire, aveva dichiarato di essere legittima debitrice verso il creditore di questa somma la quale era destinata all'utilità dei suoi figli, al mantenimento della sua famiglia e alle spese cagionate da una domanda di separazione. Si vede che l'obbligazione era dettata dal creditore, il quale voleva mettersi al coperto da un'azione di nullità. Questa precauzione era sospetta. La Corte di Bordeaux annullò il riconoscimento per motivo che la moglie, sottoscrivendolo, aveva ecceduto i limiti del suo potere d'amministrazione. Questo apprezzamento, dice la Corte di cassazione, è nelle attribuzioni esclusive dei giudici del fatto (1).

313. La prova, secondo la Corte, è una difficoltà di fatto. Lo è nel senso che la legge non definisce gli atti d'amministrazione. Però, per decider se un atto sia o meno un atto d'amministrazione, occorre l'appoggio di testi, e allora la questione diviene una questione di diritto. Forse la Corte, dicendo che spetta al giudice apprezzare sovranamente la natura e il carattere dell'atto, ha voluto esprimere un diverso concetto. L'atto può essere un atto d'amministrazione e tuttavia l'impegno resultare eccessivo. Sarà esso valido? La Corte d'Aix ha giudicato che ripetuti impegni erano atti di dissipazione, perchè questi debiti eccedevano di molto i redditi della moglie e minacciavano, per conseguenza, il suo capitale mobile ed anche la sua sostanza immobiliare (2). Dubitiamo che questo modo di considerare gli atti d'amministrazione sia conforme alla legge. Esso equivale a dire che, perchè l'obbligazione sia valida, dev'essere un atto di savia amministrazione. Questa espressione si trova in una sentenza

(1) Rigetto, 18 marzo 1829 (DALLOZ, *Contrat de mariage*, n. 1971, p. 415).
(2) Aix, 25 giugno 1824 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1971, n. 413).

della Corte suprema (1). In fatto, pare una cosa ragionevolissima, ma non esitiamo a dire che in diritto questa dottrina è inammissibile. La moglie amministra liberamente. Dunque ogni atto d'amministrazione ch'essa fa è valido, come è valida l'obbligazione che la moglie contrae amministrando. Essa non può quindi domandarne la nullità. La legge avrebbe potuto darle il diritto di domandare la riduzione, come lo concede al minore quando i suoi impegni sono eccessivi, ma non l'ha fatto. È quindi impossibile all'interprete ammettere nè riduzione nè nullità. Non vi ha che una cosa da vedere. L'atto pel quale la moglie si è obbligata è un atto d'amministrazione? Se sì, l'obbligazione è valida, per quanto eccessiva, perchè, nei limiti del suo potere d'amministrazione, la moglie separata ha piena capacità, ed una persona capace non può impugnare le sue obbligazioni per causa d'eccesso (2).

314. Resta un'ultima difficoltà la quale riguarda il principio stesso che abbiamo stabilito. La moglie si obbliga nei limiti della sua amministrazione. Questa obbligazione dà al creditore il diritto di avere per garanzia tutti i beni della moglie, o la moglie, obbligandosi, non obbliga che i suoi beni mobili? Noi crediamo che si debba applicare il principio formulato dall'articolo 2092 (legge ip., art. 7): « Chiunque è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le sue obbligazioni su tutti i suoi beni, mobili od immobili ». *Chiunque*, dice la legge, e quindi ogni debitore, quando sia obbligato personalmente. Ora, la moglie è obbligata personalmente, e quindi sono obbligati anche i suoi beni. Si obbietta che l'art. 2092 suppone un debitore capace, e specialmente capace d'alienare, poichè la garanzia che esso dà al creditore sui suoi beni conduce all'alienazione col sequestro e l'espropriazione. Senza dubbio bisogna essere capace per obbligare i proprii beni, ma basta avere la capacità d'obbligarsi, non occorre punto la capacità d'alienare. Qui torna in campo la nostra distinzione. Altro è obbligarsi, altro è alienare. Chi si obbliga non aliena, e quindi non è necessario che abbia la capacità d'alienare. Che importa che i creditori abbiano il diritto di sequestrare i suoi beni e di venderli? Essi derivano questo diritto dalla legge, che annette un simile effetto ad ogni obbligazione validamente contratta. Non è il debitore che vende in caso di sequestro, sono i suoi beni che sono venduti. Dipende da lui impedire la vendita adempiendo le sue obbligazioni, il che prova che obbligandosi egli non vende. Coloro che hanno contestato l'applicazione dell'art. 2092 agli incapaci non hanno riflesso che i semplici amministratori dei beni altrui obbligano quelli dei quali amministrano il patrimonio. Quantunque non abbiano il diritto d'alienare, i beni sono im-

(1) Rigetto, 29 agosto 1839 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1982).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 258, n. 101 *bis* IX.

pegnati dalle obbligazioni ch'essi contraggono nei limiti del loro potere d'amministrazione. Il tutore non obbliga forse il pupillo cogli impegni ch'egli assume amministrando? E questi impegni non possono essere eseguiti su tutti i beni del minore? Eppure il tutore non ha il diritto d'alienare. Ma basta ch'egli abbia il diritto di obbligarsi in nome del minore perchè questi sia tenuto a soddisfare gli impegni assunti dal tutore su tutti i suoi beni mobili ed immobili (1).

2. — Applicazione.

315. La moglie separata di beni può accettare una successione? Secondo la teoria del codice, l'accettazione d'una eredià non è considerata come un atto d'amministrazione. Il tutore ha pieno potere d'amministrare, ma non può accettare una successione che coll'autorizzazione del consiglio di famiglia; sebbene la successione debba essere accettata con beneficio d'inventario (art. 461). Per la stessa ragione la moglie non può accettare una eredità. Accettando puramente e semplicemente, si contrae la più pericolosa delle obbligazioni, l'obbligazione indefinita di pagare i debiti del defunto. Accettando con beneficio d'inventario, si contrae ancora un'obbligazione, poichè l'erede benefiziato è contabile e responsabile, e lo è per un'amministrazione che interessa sopratutto i creditori ed i legatarii. Questo è decisivo quanto alla moglie, poichè essa non può obbligarsi che per l'amministrazione dei suoi beni (2).

316. La moglie separata può accettare una donazione senza autorizzazione maritale o giudiziaria? L'art. 217 risponde alla domanda. Esso dispone che la moglie separata non può acquistare a titolo gratuito senza esservi autorizzata. L'art. 934 ripete questa disposizione in termini assoluti che escludono ogni distinzione. Poco importa che la moglie s'obblighi o non s'obblighi accettando una donazione. Per principio, il donatario non s'obbliga; esso riceve un beneficio. Se tuttavia la legge non permette alla moglie separata d'accettare una liberalità, si è perchè i buoni costumi esigono che il marito intervenga, come abbiamo detto altrove. L'interesse della moralità domina tutto (3).

317. La moglie separata di beni può prendere a prestito? Coloro che non hanno che un potere d'amministrazione non possono farlo. La legge considera il mutuo un atto di di-

---

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 408, nota 78, § 516. In senso contrario, ZACHARIAE di cui i suoi editori avevano da principio adottato l'opinione (vedi ZACHARIAE, ediz. di MASSÉ e VERGÉ, t. IV, p. 150 e nota 65), e MARCADÉ, t. V, p. 595, n. III dell'art. 1449.

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 409, § 516 (4.ª ediz.).

(3) AUBRY e RAU, t. V, p. 410, § 516 (4.° ediz.).

sposizione quando si tratta del tutore e del minore emancipato (articoli 457 e 484). Devesi applicare lo stesso principio alla moglie separata di beni? No, la sua condizione è tutta speciale. Dandole la libera amministrazione dei suoi beni, la legge l'autorizza a fare un commercio, ad esercitare un'industria. Ora, è difficile che un commerciante od un industriale non contragga prestiti. Prendere a prestito può essere per lui un atto di buonissima amministrazione, poichè il credito gli dà il mezzo di moltiplicare le sue operazioni e di accrescere il suo patrimonio. Si dirà che lo stesso accade del minore emancipato. Sì, ma vi ha questa essenziale differenza fra il minore e la moglie separata, che il primo è incapace per la sua età, mentre noi supponiamo la moglie maggiorenne.

Si dovrà per questo dichiarare la moglie separata capace di prendere a prestito, qualunque ne sia l'oggetto? No. Può essere un atto relativo all'amministrazione dei suoi beni. In questo caso il prestito sarà valido. Ma se non serve che a favorire le dissipazioni della moglie e le sue folli spese, il prestito sarà nullo in virtù del principio generale che vieta alla moglie di obbligarsi all'infuori dei bisogni della sua amministrazione. In applicazione di questi principii, la Corte di Parigi ha annullato un mutuo fatto ad una moglie separata di beni, perchè non era giustificato che le somme fossero state prese a prestito pei bisogni della sua amministrazione. La moglie era stata, per le sue folli spese, provveduta di un consulente giudiziario (1).

318. La moglie separata può obbligarsi per un terzo rendendosene mallevatrice? Basta porre la questione a confronto col testo della legge per risolverla. La legge limita all'amministrazione dei suoi beni la sua capacità d'obbligarsi. La moglie amministra forse i suoi beni rendendosi mallevadrice per l'obbligazione di un terzo? Si aggiunga che la fideiussione è un atto imprudente, anche per una persona pienamente capace. Basta questo per ricusare, e in modo assoluto, alla moglie il diritto di rendersi mallevadrice. La giurisprudenza è in questo senso (2). È stato giudicato in applicazione di questo principio, che la moglie separata di beni non può garantire il debito d'un terzo, sotto forma d'avallo, quando essa non ha da ritrarre alcun profitto dai valori e dalle mercanzie per le quali il terzo ha contratto l'obbligazione (3).

Vi hanno però sentenze in senso contrario. È stato giudicato che la moglie separata di corpo aveva potuto rendersi mallevadrice del genero fallito per una somma di tremila lire. La

---

(1) Parigi, 27 novembre 1857 (DALLOZ, 1857, 2, 209). COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 259, n. 101 *bis* X.

(2) Rigetto, 7 dicembre 1829 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1972).

(3) Poitiers, 3 febbraio 1858 (DALLOZ, 1859, 2, 72).

fideiussione, nel caso concreto, aveva per oggetto di far ottenere al debitore la libertà (1). Così pure la Corte di Parigi ha convalidato la fideiussione d'una moglie separata di beni per il debito d'una sorella dipendente da somministrazioni di vitto e alloggio. La sentenza constata che il debito non costituiva che la sesta parte dei redditi della moglie separata (2). È il solo motivo che dà la Corte. È chiaro che queste decisioni non sono decisioni di diritto, ma sentenze di favore, nel senso che i giudici di fatto sono trascinati dalla simpatia della causa a giudicare contro il rigore dei principii. La scienza non può tenere alcun conto d'una simile giurisprudenza.

319. È stato giudicato che la moglie separata di beni non può contrarre una società in accomandita (3). Gli impegni che contrae un socio oltrepassano di molto lo stretto limite dell'amministrazione per cui è concesso alla moglie di obbligarsi. La Corte di Parigi ha giudicato che ogni società di beni contratta fra marito e moglie è radicalmente nulla (4). Non è questo forse troppo assoluto? Quando la moglie contrae col marito, questi l'autorizza necessariamente. Non si è dunque più nel caso dell'art. 1449 il quale suppone atti che la moglie separata faccia senza l'autorizzazione maritale. La questione sta quindi nel sapere se la moglie può contrarre una società con autorizzazione. L'affermativa non è dubbia quando la moglie s'associa con un terzo. E se può associarsi con un terzo, perchè non lo potrebbe col marito? Nessuna legge vieta ai coniugi di contrattare insieme. La Corte di Parigi dice che i coniugi non possono associarsi che colla comunione legale e convenzionale. La Corte confonde la comunione colla società ordinaria, mentre vi è fra loro una grande differenza. La prima è una conseguenza del matrimonio, e, come ogni convenzione matrimoniale, irrevocabile; l'altra non ha che un oggetto particolare e una durata passeggera. La società fra coniugi non ha nulla di comune coll'ordine pubblico. I due coniugi vi hanno eguali diritti. Invece nella società coniugale regna l'ineguaglianza. Si teme che, sotto il nome d'una società ordinaria, i coniugi separati abbiano a ristabilire la comunione, senza osservare le forme e le condizioni prescritte dalla legge. Noi rispondiamo che in diritto la comunione sussisterà, e se i coniugi agiscono in frode dei loro creditori, è sottinteso che questi avranno il diritto di domandare la nullità degli atti da loro compiuti.

320. Si è presentata una questione più strana e che rivela uno dei disordini del nostro stato sociale. Una moglie separata di beni giuoca alla Borsa. Essa vi impegna tutta la sua sostanza,

---

(1) Parigi, 7 dicembre 1824 (DALLOZ, v. *Faillite*, n. 389).
(2) Parigi, 23 agosto 1825 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1978).
(3) Parigi, 19 gennaio 1838 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1989).
(4) Parigi, 24 marzo 1870 (DALLOZ, 1872, 2, 43).

quasi trecentomila lire, e si rovina. Questi impegni sono validi? Sì, si è detto perchè giuocare alla Borsa è vendere, non obbligarsi, giacchè la moglie aveva i denari necessarii per pagare i valori che comprava. Ciò è molto specioso, e se si stesse alla lettera della legge, la quale permette alla moglie di disporre dei suoi mobili e d'alienarli, bisognerebbe dire che la moglie può anche vendere le sue azioni alla Borsa. Ma è questo veramente che la legge ha inteso autorizzare? La moglie che giuoca alla Borsa specula, e si dà alla più pericolosa delle speculazioni. Non è questo che la legge le permette. Essa può alienare, ma non *giuocare*. La Corte di cassazione si è pronunciata in questo senso (1).

V. — Dell'incapacità della moglie separata di beni.

1. — Quali atti la moglie non può fare.

321. La separazione di beni lascia sussistere il matrimonio e tutte le obbligazioni che ne nascono. Dunque la moglie resta sotto la podestà maritale, e conseguentemente non può, per principio, fare alcun atto giuridico senza esservi autorizzata. Questo principio è d'ordine pubblico, è essenziale al matrimonio. La legge lo consacra come una regola generale nell'articolo 217. Ecco perchè questo articolo dice: « La moglie, anche che non sia in comunione, ovvero sia *separata di beni*, non può donare, alienare, ecc. ». Tuttavia la separazione di beni deroga in un certo senso alla podestà maritale permettendo alla moglie separata di fare senza autorizzazione gli atti d'amministrazione e d'alienare i suoi mobili. È un'eccezione che conferma la regola e che, per sua natura, è della più stretta interpretazione, poichè si tratta della deroga ad una regola di ordine pubblico. Dunque, all'infuori degli atti d'amministrazione e delle alienazioni, la moglie resta incapace.

322. « La moglie non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, quand'anche non fosse in comunione, ovvero fosse separata di beni » (art. 215). Nessuna disposizione del codice deroga a questa incapacità assoluta di stare in giudizio, sia come attrice, sia come convenuta. Ne abbiamo detto la ragione altrove. La moglie può amministrare liberamente, ma se per un atto d'amministrazione sorge una causa, essa deve essere autorizzata per sostenerla. Si è preteso che la moglie separata di corpo non ha più bisogno di questa autorizzazione, perchè, di fatto, l'intervento del marito non sarà che una questione di forma. Può darsi, ma, in diritto, non vi ha alcuna differenza tra la moglie separata di corpo e la moglie separata di beni. L'una e l'altra sono sotto la podestà maritale, l'una e

(1) Rigetto, 30 dicembre 1862 (DALLOZ, 1863, 1, 40).

l'altra hanno dunque bisogno d'essere autorizzate per stare in giudizio (1).

La mancanza d'autorizzazione importa una incapacità radicale. La moglie può opporre questa eccezione in ogni stadio della causa, anche davanti la Corte di cassazione. Ciò è fondato tanto in ragione quanto in diritto. La moglie non è capace di stare in giudizio avanti la Cassazione più che nol sia in appello o in prima istanza (2).

323. La moglie separata può compromettere? Secondo il codice di procedura, « tutti possono compromettere sui diritti di cui hanno la libera disposizione ». Se ne deve conchiudere che la moglie separata di beni può compromettere sui suoi diritti mobiliari e non lo può sui suoi diritti immobiliari? No, perchè l'art. 1001 soggiunge che non si può compromettere sopra alcuna delle contestazioni che dovessero essere comunicate al pubblico ministero. Ora, l'art. 33 dichiara che le cause delle mogli non autorizzate dai rispettivi mariti devono essere comunicate al pubblico ministero. Dunque la moglie non può compromettere sui suoi diritti mobiliari, perchè è precisamente su questi diritti che essa può trattare senza autorizzazione. Abbiamo detto, al titolo della *Tutela,* perchè la legge non autorizza il compromesso nelle cause che devono essere comunicate al pubblico ministero.

324. A termini dell'art. 1449 « la moglie non può alienare i suoi immobili senza il consenso del marito o, se questi rifiuta, senza essere autorizzata giudizialmente ». Perchè la legge mantiene l'incapacità della moglie per l'alienazione dei suoi immobili, mentre le permette di disporre dei suoi mobili senza autorizzazione? Non vi ha alcuna ragione giuridica di questa differenza. In diritto, disporre dei mobili e disporre degli immobili sono atti identici. Non vi sarèbbe dunque luogo a distinguerli, dal punto di vista della capacità della moglie separata, se non in forza del valore che hanno i mobili e gli immobili. Un tempo la differenza fra la ricchezza mobiliare e la ricchezza immobiliare era enorme. È noto il vecchio adagio: *Vilis mobilium possessio.* Le cose sono ben cambiate oggidì. Abbiamo testè citato un caso in cui la sostanza della moglie, di trecentomila lire, era esclusivamente mobiliare. Essa avrebbe potuto alienare tutti i suoi diritti, mentre non avrebbe potuto alienare senza autorizzazione il più piccolo pezzo di terra. La legislazione non è in armonia col nostro stato sociale. Additiamo il fatto al legislatore.

L'art. 1449 dice che la moglie non può *alienare* i suoi immobili senza esservi autorizzata. Questo principio è applicabile non solo all'alienazione totale, ma anche a quella parziale, vale

---

(1) Cassazione, 6 marzo 1827 (DALLOZ, v. *Appel civil*, n. 1094).
(2) Cassazione 13 novembre 1844 (DALLOZ, 1845, 1, 33).

a dire alla costituzione di diritti reali. La moglie non può dunque ipotecare, nè gravare i suoi beni di servitù, o di un diritto di enfiteusi o di superficie. Il codice lo dice per le ipoteche (articolo 2124 e legge ipot., art. 73): « Le ipoteche non possono essere consentite che da coloro che hanno la capacità d'alienare gli immobili che vi sottopongono ». Dicasi altrettanto di ogni altro smembramento della proprietà. Segue ancora dal principio stabilito dall'art. 1449 che la moglie non può transigere sui suoi diritti immobiliari. È l'applicazione dell'art. 2045.

2. — Responsabilità del marito.

325. La moglie aliena un immobile con autorizzazione maritale o giudiziaria. Si domanda se il marito sarà responsabile della mancanza d'impiego o di reimpiego. L'impiego consiste nel mettere a profitto i denari provenienti dalla vendita; il reimpiego si fa acquistando un altro immobile. Per principio, bisogna decidere che il marito non è garante della mancanza d'impiego o di reimpiego. La ragione è semplicissima e decisiva. Impiegare i propri redditi o un capitale è amministrare, come è amministrare l'acquistare un immobile coi denari provenienti dalla vendita di un immobile. Ora, dopo la separazione dei beni, è la moglie che amministra il suo patrimonio, è dunque a lei che spetta d'impiegare i suoi capitali. Il marito non ha nemmeno il diritto d'intervenire, poichè la moglie amministra liberamente, vale a dire che è sciolta dalla podestà maritale per tutti gli atti d'amministrazione che fa. Sarebbe assurdo rendere il marito responsabile d'una gestione alla quale rimane estraneo.

Vi sono però dei casi nei quali il marito è responsabile della mancanza d'impiego o di reimpiego. L'art. 1450 li enumera, ma vi sono vive controversie sull'interpretazione di questa disposizione. Secondo il testo, bisogna distinguere se la moglie è autorizzata giudizialmente o dal marito.

326. « Il marito non è garante della mancanza d'impiego o di reimpiego del prezzo dell'immobile che la moglie separata ha alienato coll'autorizzazione giudiziaria » (art. 1450). È questa l'applicazione del nostro principio. Il marito che ricusa la sua autorizzazione dichiara con ciò stesso che vuol rimanere estraneo a quello che fa la moglie. Egli non interviene, di diritto, nella vendita, nemmeno per sanare l'incapacità della moglie. È la moglie sola che vende, ed è a lei che spetta d'impiegare il prezzo. Se la moglie è libera, lo è a suo rischio e pericolo. La libertà ha per necessaria conseguenza la responsabilità.

Dopo aver posto la regola, l'art. 1450 aggiunge tre eccezioni. Il marito è responsabile della mancanza d'impiego o di reimpiego, anzitutto quando è *concorso nel contratto*. Concorrere nel contratto vuol dire aver parte nell'atto. È in questo senso che l'art. 217 dice che il marito autorizza tacitamente la moglie

a fare l'atto nel quale *concorre*. Nel caso previsto dall'art. 1450, il marito non concorre nell'atto per autorizzare la moglie a stipularlo, perchè la legge suppone che la moglie sia autorizzata giudizialmente. S'egli vi concorre, è perchè intende immischiarsi nella gestione. La moglie avrebbe il diritto di respingere questo concorso, perchè essa è libera, e il marito non deve ingerirsi nella sua amministrazione. Ma si comprende che la moglie, sempre sotto podestà, non si metta in opposizione col marito e che lo lasci fare. Quale sarà la conseguenza di questo intervento del marito? Egli interviene nell'amministrazione della moglie, e quindi deve essere responsabile. Dovremo soggiungere che la legge presume che il marito concorra alla vendita per riscuotere il prezzo ed impiegarlo a suo vantaggio? Potrà darsi, ma la legge non lo dice. Essa non stabilisce alcuna presunzione, nè aveva bisogno di creare una presunzione inutile. Basta che il marito intervenga nell'amministrazione, perchè sia tenuto a vegliare agli interessi della moglie. Se non lo fa, deve essere responsabile.

Secondo l'art. 1450, il marito è garante della mancanza d'impiego o di reimpiego del prezzo dell'immobile anche quando è provato che i denari sono stati ricevuti da lui. Il marito separato non ha il diritto di ricevere il prezzo. È la moglie che riceve ciò che le è dovuto, perchè è questo un atto d'amministrazione, e la moglie amministra liberamente. Riscuotendo il prezzo, il marito usurpa il potere della moglie, amministra illegalmente, e quindi deve rispondere della sua intromissione. Quando amministra illegalmente è responsabile. A maggior ragione deve esserlo quando amministra illegalmente. Poco importa quali siano le sue intenzioni. La legge non presume nulla. Può darsi che il marito intervenga nel suo proprio interesse. Ragione di più per dichiararlo responsabile. Può darsi anche che intervenga nell'interesse della moglie. Anche in questo caso deve rispondere del suo intervento, perchè altrimenti questo potrebbe essere dannoso alla moglie.

Infine il marito è garante della mancanza d'impiego o di reimpiego quando è provato che i denari provenienti dalla vendita sono tornati a suo profitto. La legge suppone che il marito non sia concorso alla vendita e non abbia riscosso il prezzo, ma lo dichiara responsabile se è provato che il prezzo è stato impiegato a suo vantaggio. Sotto il regime di separazione dei beni il marito non ha alcun diritto al prezzo, e nemmeno quello di goderne. È la moglie che ne dispone e che ne ha il libero godimento. Se dunque il prezzo è impiegato a vantaggio del marito, questi priva la moglie del prezzo e del vantaggio che avrebbe ritratto dall'impiego o dal reimpiego dei denari. È giusto ch'egli risponda delle conseguenze del proprio fatto.

327. Quando il marito non concorre all'atto ed è responsabile per aver ricevuto il prezzo o perchè questo è tornato a suo profitto, la legge dice che il fatto dal quale deriva la respon-

sabilità deve essere provato, perchè, giusta il diritto comune, il marito non è responsabile, o non lo è che per essersi immischiato nella gestione. Questo fatto è un fatto illegale, nel senso che il marito fa ciò che la moglie sola ha il diritto di compiere. Chi pretende che il marito ha ricevuto il prezzo o ne approfitta deve dunque dare la prova di quanto asserisce. È il fondamento della sua domanda, e l'attore deve sempre provare il fatto sul quale la sua domanda è fondata. In qual modo darà l'attore questa prova? Secondo il diritto comune, poichè la legge non vi deroga. Resta a sapersi qual'è questo diritto comune. Saranno ammesse la prova testimoniale e le presunzioni? L'affermativa non è dubbia quando sono terze persone, creditori, che agiscono perchè essi furono nell'impossibilità di procurarsi una prova scritta del fatto che allegano. Ma che dovrà dirsi se la moglie esercita l'azione di garanzia? Noi crediamo che la decisione debba essere la stessa. Se il marito, il quale comincia col rifiutare la sua autorizzazione e si astiene dal concorrere all'atto, riceve tuttavia il prezzo, o se questo è impiegato a suo profitto, commette una usurpazione sui diritti della moglie. È un fatto illegale, un fatto dannoso, quindi un quasi-delitto, e i quasi-delitti si provano con testimoni e con presunzioni. Invano si direbbe che la moglie può domandare una ricevuta al marito. Questi si guarderà bene dal constatare il quasi-delitto che apre contro di lui un'azione di responsabilità (1).

328. Il secondo alinea dell'art. 1450 prevede il caso in cui la vendita si faccia coll'autorizzazione del marito. Esso dispone: « Il marito è garante della mancanza d'impiego o di reimpiego se la vendita è stata fatta in sua presenza e col suo consenso ». Il *consenso* è l'autorizzazione che il marito dà alla moglie per alienare. La *presenza* è il concorso, l'intervento del marito nell'atto di vendita. Siccome la legge esige la presenza *e* il consenso, bisogna dire che la sola autorizzazione del marito non basta perchè egli sia responsabile. Il testo dell'art. 1450 è in armonia collo spirito della legge. Perchè la vendita deve essere autorizzata dal marito? Per constatare che l'alienazione dell'immobile è necessaria od utile alla moglie. L'autorizzazione sana l'incapacità della moglie. Questa, essendo autorizzata, è pienamente capace; essa può vendere. Dopo che ha venduto riscuote il prezzo. Ricevere il prezzo non è più un atto di disposizione, ma un atto d'amministrazione che la moglie ha veste di fare senza autorizzazione alcuna. Poi bisogna impiegare o reimpiegare il prezzo. Anche l'impiego dei capitali della moglie è un atto d'amministrazione che essa fa liberamente, vale a dire senza l'intervento del marito. Pertanto il marito non potrebbe essere responsabile della mancanza d'impiego o di reimpiego del prezzo come non lo sarebbe di qualsivoglia altro atto d'amministra-

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 407 e nota 74, § 516 (4.ª ediz).

zione, quando si limita ad autorizzare la moglie a vendere. Infatti, questa autorizzazione non è data che per la vendita, essa è estranea a quanto le segue. La moglie riceve il prezzo e lo impiega in forza del suo potere d'amministrazione. E quando è dessa che amministra, va da sè che il marito non è responsabile se amministra male. In sostanza, il marito che autorizza e non amministra non potrebbe essere responsabile più di quel che non sia il tribunale che autorizza la moglie a vendere, perchè l'autorizzazione è un solo e medesimo fatto giuridico, emani essa dal marito o dall'autorità giudiziaria. Ecco per qual ragione la legge esige la *presenza* del marito alla vendita perchè questi sia garante della mancanza d'impiego o di reimpiego. Concorrere alla vendita è intervenirvi, non è più autorizzare, poichè il marito ha già consentito a che la moglie alieni, e intervenire nella vendita è amministrare. Ora, il marito che amministra di fatto è responsabile come abbiamo detto nell'ipotesi in cui la moglie venda coll'autorizzazione giudiziaria (n. 326).

329. La maggior parte degli scrittori dichiarano il marito responsabile per ciò solo che autorizza la vendita anche se non vi fosse stato presente. Che questa interpretazione sia contraria al testo dell'art. 1450 è evidente, perchè essa cancella dalla legge le parole *in sua presenza*. Hanno gli interpreti il diritto di mutilare o di correggere la legge? Si comprenderebbe ch'essi non tengano alcun conto d'una parola quando questa parola non ha senso o quando implica un errore che non può supporsi negli scrittori del codice. Nella specie, gl'interpreti, mettendosi al di sopra della legge, si pongono in opposizione anche col suo spirito, vale a dire coi principii generali di diritto. Si tratta di sapere se il marito è responsabile della mancanza d'impiego o di reimpiego per ciò solo che autorizza la moglie a vendere. Ora sta il principio che chi autorizza non s'obbliga. Nulla di più razionale che questo vecchio adagio. Chi autorizza interviene per abilitare un incapace. L'autorizzazione sana l'incapacità rendendo l'incapace abile a compiere l'atto pel quale ha ottenuto l'autorizzazione. Non vi è da parte di colui che autorizza alcuna intenzione di obbligarsi. E si può essere obbligati senza volerlo? L'autorità giudiziaria non s'obbliga certo autorizzando la moglie ad alienare. E perchè sarebbe responsabile il marito quando le accorda questa stessa autorizzazione?

Si obbietta la tradizione e si cita Pothier come autorità in appoggio dell'opinione la quale dichiara il marito responsabile pel fatto solo del suo consenso (1). Veramente Pothier e la tradizione attestano contro coloro che li invocano. Il marito ha autorizzato la moglie a vendere un immobile. Nessun impiego è fatto del prezzo. Il marito sarà tenuto al reimpiego verso la

(1) AUBRY e RAU, t. V, pp. 406 e 407, note 72 e 73, § 516.

la moglie e i suoi eredi? Ciò è disputato fra gli scrittori, risponde Pothier; indi espone i motivi delle due opinioni. La giurisprudenza era divisa come la dottrina. Si citavano due sentenze che rendevano il marito responsabile, mentre un'altra sentenza aveva giudicato che non lo fosse. Che decide Pothier? Tenta di conciliare le due opinioni, ed ecco come. Quando la moglie ha venduto un fondo, il marito che l'ha autorizzata deve rispondere della mancanza d'impiego o di reimpiego *se è sospetto d'averne approfittato.* Ora, nel caso delle due sentenze che avevano dichiarato il marito responsabile, egli era sospetto di avere approfittato del prezzo. L'autore della *Raccolta,* ch'era stato uno dei giudici, lo rileva. Al contrario, quando il marito *non è sospetto d'aver approfittato del prezzo,* non è *responsabile.* Tale è il caso della sentenza la quale aveva giudicato che il marito non era garante. L'autore della *Raccolta* constata che, avendo i coniugi vissuto in pessimi rapporti dopo la separazione dei beni al punto che si erano separati anche d'abitazione, il marito non poteva essere sospetto d'aver approfittato del prezzo. La moglie confessava d'altronde che aveva comperato delle azioni le quali erano finite in niente. È l'espressione di Pothier (1).

Ecco la dottrina di Pothier. Ne risulta ben chiaramente che il fatto solo d'autorizzare la vendita non rendeva il marito responsabile, il che è decisivo. Pothier esigeva inoltre che il marito *fosse sospetto d'aver approfittato del prezzo.* Era questa una condizione di fatto che doveva essere decisa dal giudice. La responsabilità del marito dipende dunque dalle circostanze della causa e dall'apprezzamento del magistrato. Era nello spirito dell'antico diritto di lasciare una grande larghezza ai tribunali. Il principio informatore della nostra nuova legislazione è tutto diverso. Gli autori del codice civile non hanno riprodotto la condizione del *sospetto,* senza dubbio perchè è troppo vaga e si presta troppo all'arbitrio del magistrato. È questa una presunzione che il marito ha approfittato del prezzo? La legge non lo dice, e nulla ci autorizza ad interpretarla così. Dal momento che il marito è presente, è responsabile. Se ha riscosso il prezzo e ne ha approfittato, è giusto che ne risponda. Se non ha approfittato del prezzo, non cesserà di essere garante, perchè egli è intervenuto nell'amministrazione, e dal momento che amministra è responsabile.

330. Ogni scrittore ha la sua spiegazione. Gli editori di Zachariae dicono che la causa principale della responsabilità del marito deriva dai doveri inerenti all'autorità maritale. Essi dimenticano che questa autorità non è più integra dopo la separazione dei beni. La moglie è liberata per quanto concerne l'amministrazione del suo patrimonio. Essa lo amministra liberamente,

(1) POTHIER, *Della comunione,* n. 605.

e il marito non ha diritto d'intervenire nella sua gestione. Ora, impiegare il prezzo è un atto d'amministrazione. Chi ne deve rispondere? La moglie che ha il diritto di farlo, o il marito che non ne ha il diritto e che si è limitato a concedere alla moglie l'autorizzazione di vendere? Aubry e Rau sono in contrasto colla tradizione. Pothier non dichiarava il marito responsabile pel fatto solo ch'egli autorizza la moglie a vendere, ma esigeva che il marito fosse sospetto d'aver approfittato del prezzo. Gli autori del codice civile hanno sostituito questa condizione con quella della presenza del marito all'atto. Si spieghi questa condizione come si vuole, ma sta sempre che la sola autorità maritale non giustifica la responsabilità del marito, perchè costui fa atto d'autorità autorizzando la vendita, non fa atto d'autorità concorrendo all'alienazione. Egli usurpa, al contrario, il potere della moglie, ed è per questo che la legge lo dichiara responsabile (1).

Troplong dice che « gli spiriti *formalisti* noteranno che la legge sembra esigere la duplice condizione della presenza del marito all'atto e del suo consenso ». *La legge sembra esigere!* No, non sembra, essa non può essere più chiara, *esige*. Se dunque qualcuno è colpevole di *formalismo*, è il legislatore. E il dovere dell'interprete, specialmente quando questo interprete è il primo presidente della Corte di cassazione, non è quello di rispettare la legge? Troplong soggiunge che si guarderà bene dal dividere questi *scrupoli*. Egli decide, come se fosse legislatore, che il consenso del marito basta per renderlo responsabile. E che ne fa egli del testo? Vano scrupolo! D'un testo positivo egli fa una *sembianza* di testo. Poi l'interpreta in questo modo: « Il marito non presta la sua autorizzazione che nella speranza d'approfittare del prezzo ». Chi dice ciò? La legge? No, essa non parla che della *presenza* del marito. È dunque l'interprete che, dopo avere mutilato la legge, la spiega con presunzioni immaginate da lui. Non è questo creare la legge? (2).

Se ne vuole la prova? Una sentenza della Corte di cassazione consacra l'opinione che noi abbiamo combattuta. Vi si legge: « A termini dell'art. 1450, il marito è garante della mancanza d'impiego del bene dotale alienato col suo concorso; l'autorizzazione da lui data a questa alienazione suppone il suo concorso, sia ch'egli sia stato presente all'atto, sia che non vi abbia assistito » (3). I termini dell'art. 1450 non dicono certamente questo, anzi statuiscono tutto il contrario: « Il marito è garante della

(1) Cfr. COLMET DE SANTERRE (t. VI, p. 262, n. 102 *bis* II e III) che fa una serie di supposizioni, poi ragiona su queste supposizioni come se fossero il testo della legge.

(2) TROPLONG, t. I, p. 419, n. 1447.

(3) Rigetto, 1.° maggio 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 220).

mancanza d'impiego o di reimpiego se la vendita è stata fatta in sua presenza e col suo consenso ». Noi preferiamo il codice Napoleone al codice che fanno gli interpreti.

331. Dopo aver combattuto i nostri avversarii dobbiamo combattere anche gli scrittori di cui seguiamo l'opinione, e per lo meno Marcadé. Non possiamo ammettere i motivi ch'egli adduce in appoggio alla nostra dottrina. Sono presunzioni arbitrarie che si prestano alla critica e che diminuiscono il valore di quella che noi crediamo essere la vera interpretazione della legge invece di avvalorarla. La responsabilità del marito è fondata, secondo Marcadé, sulla presunzione ch'egli ha ricevuto il prezzo. Vi sarebbe dunque presunzione legale che il marito, il quale autorizza la moglie ad alienare ed è presente alla vendita, ha ricevuto il prezzo. Abbiamo detto più volte che gli scrittori abusano delle presunzioni e che ne creano pei bisogni della loro causa. Eccone un nuovo esempio. È questione, nel secondo alinea dell'art. 1450, della riscossione del prezzo? E la legge stabilisce una presunzione la quale tenga luogo di prova che il marito ha ricevuto il prezzo? Non vi ha una sola parola nel testo che faccia supporre una presunzione. Ora, quali sono i caratteri che deve avere la presunzione legale? L'articolo 1350 risponde: « La presunzione legale è quella che viene attribuita da una *legge speciale* a *certi atti* o a certi fatti ». Quali sono questi *atti* o questi *fatti* ai quali l'art. 1450 attribuirebbe una presunzione? Scorgiamo bensì un *atto* e un *fatto*, il consenso del marito e la sua presenza all'atto, ma dove è mai la conseguenza che la legge trae da questi fatti per indurne che il marito ha ricevuto il prezzo? La legge è muta su questa pretesa conseguenza. Vi sarebbero dunque presunzioni fondate sul silenzio della legge, mentre questa esige una legge speciale per aversi presunzione legale! Si avesse almeno bisogno di queste presunzioni per spiegare la legge! Il legislatore è molto parco di presunzioni, ed a ragione, perchè le presunzioni sostituiscono il ragionamento ad una prova. Era necessario, nella specie, ricorrere a presunzioni? I principii sono semplicissimi. Il marito è responsabile quando amministra od interviene nell'amministrazione. Ora, egli v'interviene quando concorre alla vendita colla sua presenza all'atto. Basta dunque la sua presenza perchè egli sia garante della mancanza d'impiego o di reimpiego (1).

332. Se si ammette la nostra spiegazione, non vi è più alcuna difficoltà nell'applicazione della legge. Si domanda se il marito può esonerarsi dalla responsabilità provando che la moglie ha riscosso il prezzo. Secondo il nostro parere la questione non può nemmeno essere posta. Se il marito è responsabile,

(1) MARCADÉ, t. V, p. 598, nn. I e II dell'art. 1450. Cfr. MOURLON, t. III, pagina 85, n. 199.

non lo è perchè abbia riscosso il prezzo, ma perchè è intervenuto nell'amministrazione dei beni della moglie, assistendo ad una vendita in cui la sua presenza come marito non era richiesta. Poco importa dunque che la moglie abbia ricevuto il prezzo. Esiste sempre l'intervento del marito, e quindi la sua responsabilità. Se Marcadé dice il contrario, è in conseguenza della presunzione ch'egli ha immaginato per spiegare la legge. Ecco a che conducono gli errori. Essi sono sempre gravidi di resultati erronei (1).

333. L'art. 1450 dice che il marito non è garante dell'utilità dell'impiego, anche quando fosse responsabile della mancanza d'impiego o di reimpiego. La ragione sta su ciò, che è la moglie la quale fa l'impiego, poichè l'impiego o il reimpiego è un atto d'amministrazione. Ora, la moglie amministra liberamente; essa deve accettare la libertà colla sua conseguenza, la responsabilità (2). Tuttavia questa disposizione della legge non è al coperto dalla critica. Quando la moglie, usando del suo potere, amministra liberamente, è giusto che sia responsabile. Ma se il marito interviene nell'amministrazione, non è più la moglie che amministra, è il marito. Dunque il marito dovrebbe essere responsabile di tutte le conseguenze dell'atto, nel quale è immischiato. Che importa alla moglie dell'impiego, quando l'impiego che, di fatto, il marito ha consigliato le è vantaggioso? Se la legge obbliga il marito a vegliare all'impiego, dovrebbe obbligarlo anche a vegliare all'utilità del medesimo.

Dicendo che il marito è responsabile dell'utilità dell'impiego la legge suppone che lo abbia fatto la moglie. Anche quando lo avesse fatto dietro i consigli del marito, questi non sarebbe responsabile, poichè, essendo libera, essa non è tenuta a seguire i consigli che il marito le dà. Ma se il marito facesse l'impiego senza il concorso della moglie e senza mandato da parte sua, sarebbe responsabile. È l'applicazione del principio che domina questa materia. Dal momento che il marito amministra è responsabile (3).

334. Nelle mani di chi l'acquirente deve pagare? Per principio, la moglie sola ha veste per ricevere il pagamento del prezzo, poichè è un atto d'amministrazione, e la moglie amministra liberamente. Si ammette però che il marito, per coprire la sua responsabilità, può opporsi a che l'acquirente paghi fuori della sua presenza. Ciò si capisce secondo l'opinione che rende il marito responsabile pel fatto solo che autorizza la moglie ad alienare. Autorizzandola, egli esercita un diritto e compie un dovere. Egli deve avere il diritto di mettere al coperto la

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 406 e seg. § 516 (4.° ediz.).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 264, n. 102 *bis* IV.
(3) Duranton, t. XIV, p. 564, n. 429. Aubry e Rau, t. V, p. 407, § 516.

sua responsabilità, quando questa risulta dall'esercizio d'un diritto legale. Secondo la nostra opinione, il marito non è responsabile per l'autorizzazione che dà alla moglie d'alienare. Egli lo è soltanto quando, di fatto, interviene nell'amministrazione dei beni. Ora, egli non ha il diritto d'intervenirvi. Il suo intervento è un fatto, un'usurpazione del potere della moglie, e un'usurpazione non ne autorizza un'altra. È certo che, malgrado l'opposizione del marito, la moglie potrebbe costringere il debitore a pagare nelle sue mani, e, per conseguenza, il compratore potrebbe pagare il prezzo anche nelle mani della moglie. Il marito si è messo in una posizione illegale. Ne subisca dunque le conseguenze!

335. Si insegna ancora che il marito od il magistrato, autorizzando la moglie ad alienare, possono aggiungervi la condizione che la moglie farà un determinato impiego del prezzo, e se ne conchiude che questa condizione è obbligatoria per l'acquirente. A noi sembra dubbio. Impiegare o reimpiegare il prezzo è un atto d'amministrazione. Ora, la moglie ha il diritto d'amministrare liberamente. Questo diritto è inerente al suo stato e alla sua capacità, e quindi è d'ordine pubblico. Può il marito limitare la capacità di cui la legge investe la moglie separata di beni? I tribunali, custodi dei diritti di cui gode la moglie, possono intralciarne l'esercizio? Le leggi d'ordine pubblico non possono essere modificate nè dai privati, nè dai tribunali. Si può censurare il codice per aver accordato alla moglie soverchia libertà, ma non spetta nè al marito, nè al giudice di limitarla (1).

N. 4 — Retroattività della separazione.

I. — Il principio.

336. A termini dell'art. 1445, « la sentenza che pronuncia la separazione dei beni rimonta, quando ai suoi effetti, al giorno della domanda ». La separazione esiste dunque, con tutti i suoi effetti, a partire dal giorno in cui la moglie ha fatto la sua domanda giudiziale. Da quel giorno la comunione è sciolta, e lo è non solo fra i coniugi, ma anche a riguardo dei terzi. Quest'ultimo punto è stato contestato, ma a torto. I rapporti fra il marito e la moglie interessano tanto i terzi quanto i coniugi stessi. Ecco perchè le convenzioni matrimoniali hanno effetto a riguardo dei terzi. Ora, la separazione dei beni stabilisce un nuovo regime fra i coniugi. Può concepirsi che vi siano due regimi a partire dalla domanda, la separazione dei beni fra i coniugi e la comunione a riguardo dei terzi? È un'impossibilità logica e giu-

(1) In senso contrario su tutti questi punti, AUBRY e RAU, t. V, p. 407 e seg., § 516.

ridica. La moglie separata di beni cambia stato; diviene capace agli atti d'amministrazione e sotto questo rapporto è sciolta dalla podestà maritale. Può concepirsi che a partire dalla domanda essa sia capace a riguardo del marito e incapace in confronto dei terzi? Il marito cessa d'essere signore della comunione, cessa d'essere amministratore dei beni della moglie. Può concepirsi che vi sia ancora una comunione a riguardo dei terzi e che non ve ne sia più fra i coniugi? Il testo stesso del codice resiste a questa strana opinione. Esso prescrive la pubblicità delle domande di separazione. La prescrive forse nell'interesse dei coniugi? No, certo. La prescrive nell'interesse dei terzi, il che implica che la separazione, per la retroattività della sentenza, esiste a riguardo dei terzi a partire dalla domanda (1).

Si dura fatica a comprendere come un'opinione che ha contro di sè il testo e lo spirito della legge abbia trovato favore avanti le Corti (2). Crediamo inutile discutere decisioni che sono così evidentemente erronee. Qui è permesso parlare d'errore e d'evidenza, perchè l'art. 1445 non lascia alcun dubbio. Il testo è concepito nei termini più generici, ed anche lo spirito della legge è incontestabile, poichè non vi ha alcun motivo di distinguere fra i coniugi e i terzi; per meglio dire, la distinzione è, come abbiamo detto, inammissibile.

337. Qual'è il motivo della retroattività stabilita dall'art. 1445? Importa stabilirlo con certezza, perchè la Corte di cassazione vi si è ingannata, ed è venuta a conseguenze altrettanto erronee quanto il principio che serve loro di punto di partenza. Per regola generale, ogni sentenza retroagisce. La ragione sta anzitutto in ciò, che l'attore deve ottenere, dal giorno della domanda, ciò che avrebbe ottenuto se le lentezze necessarie della giustizia non ritardassero necessariamente la sentenza del giudice, di modo che è impossibile che la sentenza sia pronunciata immediatamente dopo la domanda. Il convenuto non può lagnarsi di questa retroattività, poichè avrebbe dovuto riconoscere il fondamento della domanda, dal momento che il tribunale dà causa vinta all'attore. Infine la retroattività non urta in materia di sentenze contro diritti acquisiti. Le leggi non possono retroagire, perchè creano una nuova disposizione che non potrebbe senza iniquità togliere diritti acquisiti prima che la nuova legge fosse obbligatoria e conosciuta. Non così delle sentenze. Esse non creano diritti, ma non fanno che dichiararli, dando loro l'appoggio della pubblica autorità. È giusto che gli

---

(1) TOULLIER, t. VII, 1, p. 97, nn. 100-102. MARCADÉ, t. V, p. 592, n. 1 dell'articolo 1449. AUBRY e RAU, t. V, p. 400, nota 45.

(2) Riom, 31 gennaio 1826, e Rouen, 9 agosto 1839 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, nn. 1941 e 1942). In senso contrario, Bordeaux, 11 maggio 1843 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1946).

effetti di questo riconoscimento esistano il giorno stesso in cui è fatta la domanda.

È questo diritto comune che l'art. 1445 consacra disponendo che la sentenza che pronuncia la separazione dei beni retroagisce al giorno della domanda? No, perchè i motivi che giustificano la retroattività delle sentenze in generale richiederebbero, al contrario, che la sentenza di separazione non avesse effetto retroattivo. Anzitutto questa sentenza, anzichè dichiarare e riconoscere i diritti delle parti, crea una situazione nuova. Una convenzione irrevocabile è annullata e sostituita da un nuovo regime che è in tutto l'opposto delle convenzioni primitive. Dunque il nuovo regime non dovrebbe aver effetto che per l'avvenire. Per di più la moglie che domanda la separazione non ha alcun diritto al momento in cui agisce giudizialmente. Essa è vincolata dalle sue convenzioni matrimoniali, non può cambiarle, e non può quindi domandare che il marito riconosca i suoi diritti. Non è nemmeno permesso al marito di fare acquiescenza alla sua domanda, perchè la separazione volontaria è nulla. Ne consegue che la separazione non dovrebbe esistere che a partire dalla sentenza che la pronuncia. Essa ripete la sua causa e il suo principio dalla sentenza. Ora, gli effetti non possono precedere la causa.

E dunque per derogazione ai principii che la sentenza che pronuncia la separazione retroagisce. Qual'è la ragione di questa eccezione? L'interesse della moglie. La separazione dei beni è una garanzia che la legge le dà per tutelare la sua dote e le sue riprese. Essa non può domandarla che quando la sua dote o i suoi diritti sono in pericolo. Il pericolo va crescendo ogni giorno. Se la comunione non è sciolta se non dopo un procedimento che la mala fede del marito può prolungare, il rimedio al male verrà troppo tardi. Il marito avrà avuto il tempo di dissipare la comunione e di rendersi egli stesso insolvibile. Perchè la separazione sia un rimedio efficace, fa d'uopo esista dal momento che è domandata. È il solo modo d'arrestare il pericolo che minaccia la moglie (1).

338. Retroagisce anche la sentenza che pronuncia la separazione personale in quanto concerne la separazione dei beni che ne è la conseguenza? La questione è molto controversa. A nostro avviso, la negativa è certa. Abbiamo dimostrato che, secondo i principii generali del diritto, la separazione dei beni non dovrebbe esistere che a partire dalla sentenza. L'art. 1445 è dunque una disposizione eccezionale. Ciò risolve la questione. Si applica l'eccezione alla separazione di corpo? No, nè secondo il testo, nè secondo lo spirito della legge. L'art. 1445 statuisce: « *La sentenza che pronuncia la separazione dei beni* rimonta

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 243, n. 94 *bis* I. Mourlon, t. III, p. 86, n. 200.

al giorno della domanda ». In materia di separazione di corpo vi ha forse una sentenza che pronuncia la separazione dei beni? No, tale non è l'oggetto della domanda, e tale non è la sentenza del giudice. Il coniuge chiede di essere separato di corpo dall'altro coniuge, e il giudice pronuncia questa separazione. Su che sono fondate la domanda e la sentenza? Sulle cause determinate che autorizzano il divorzio. Ma il pericolo della dote o delle riprese della moglie figura fra i motivi che questa può avere per chiedere la separazione personale? No, gli affari del marito possono essere prosperosissimi, la dote e le riprese della moglie possono non correre alcun pericolo, e tuttavia il giudice pronunzierà la separazione di corpo se esiste una delle cause determinate di divorzio. Perchè dunque vi ha separazione di beni quando il giudice separa i coniugi personalmente? È la legge che dispone così, perchè la comunione dei beni suppone la vita comune. Quando la vita comune cessa, deve cessare anche la comunione. È tutto all'opposto della separazione dei beni dell'art. 1445. Essa ha unicamente per oggetto di tutelare gl'interessi pecuniarii della moglie, e non è pronunciata che quando la sua dote o le sue riprese sono in pericolo. La vita comune continua, del resto, fra i coniugi. Così la separazione di corpo, quantunque sia seguita dalla separazione dei beni, non ha nulla di comune colla separazione dei beni dell'art. 1445. Dunque questo articolo non è applicabile alla separazione personale.

Lo spirito della legge è altrettanto chiaro quanto il testo. Perchè la sentenza che pronuncia la separazione dei beni retroagisce? Per garantire la dote e le riprese della moglie. Ora, la separazione di corpo non è pronunciata per gli interessi pecuniarii della moglie, e quindi non vi ha alcuna ragione di far retroagire la separazione dei beni che ne risulta per via di conseguenza. Si dirà che, quando è pronunciata la separazione di corpo, può darsi che il disordine dei costumi abbia tratto con sè il disordine degli affari del marito e che, in questo caso, i motivi che fanno retroagire la separazione dei beni, pronunciata in forza del pericolo della dote e delle riprese, esistano anche per far retroagire la separazione di corpo? Rispondiamo, e la risposta ci pare perentoria, che se vi ha ad un tempo una causa determinata di divorzio ed una causa di separazione di beni, la moglie può e deve fare simultaneamente due domande, l'una di separazione di corpo per violazione dei doveri che nascono dal matrimonio, l'altra di separazione dei beni per la garanzia de' suoi interessi pecuniarii. Vi saranno due sentenze. L'una, quella che pronuncierà la separazione personale, non retroagirà, perchè non si concepisce che la vita comune cessi retroattivamente; l'altra, quella che pronuncierà la separazione dei beni, retroagirà perchè l'interesse della moglie lo esige.

Poichè la sentenza che pronuncia la separazione di corpo non ha nulla di comune con quella che pronuncia la separazione

dei beni, bisogna lasciare da parte l'art. 1445 completamente estraneo alla separazione personale. Resta a vedersi se la separazione dei beni che risulta dalla separazione di corpo può retroagire indipendentemente dall'art. 1445. È la legge la quale dispone che la separazione di corpo importerà sempre la separazione dei beni. Così la separazione dei beni è un effetto della sentenza che separa i coniugi di corpo. Può l'effetto retroagire quando non retroagisce la causa che lo produce? Vi ha qui una impossibilità logica la quale conduce ad un vero assurdo, secondo la opinione che ammette la retroattività della separazione dei beni quantunque la separazione di corpo non retroagisca. Fino al momento in cui il giudice pronuncia la separazione di corpo il matrimonio sussiste colle conseguenze legali della vita comune e degl'interessi comuni, e quindi sussiste anche la comunione Può essa essere sciolta retroattivamente senza che la separazione di corpo retroagisca? Sarebbe ammettere un effetto senza causa. L'unica causa per la quale vi ha separazione di beni, quando i coniugi sono separati di corpo, è la cessazione legale della vita comune, il rilassamento del vincolo del matrimonio. Ora, questa causa non esiste che in virtù della sentenza; dunque l'effetto non può esistere che a partire dalla sentenza. Se si ammette che la separazione dei beni retroagisce al giorno della domanda, mentre la separazione di corpo non esiste che a partire dalla sentenza, si viene a questa assurda conseguenza, che la separazione dei beni, conseguenza della separazione di corpo, esiste in un momento in cui non vi è ancora separazione di corpo. Per ammettere una simile anomalia, occorrerebbe un testo. Ora, noi non abbiamo altro testo che l'art. 311, poichè l'art. 1445 deve essere escluso, e l'art. 311 condanna precisamente l'opinione della retroattività, perchè stabilisce la separazione dei beni come un effetto della separazione di corpo, siccome quella che ne dipende e la segue, nello stesso modo che l'effetto segue la causa.

Diciamo che non vi ha altro testo all'infuori dell'art. 311. Il codice è molto laconico in quanto concerne la separazione personale. Di qui numerose difficoltà. La separazione di corpo è stata chiamata il divorzio dei cattolici, e se ne è conchiuso che si poteva applicare per analogia alla separazione di corpo ciò che il codice dice del divorzio. Noi abbiamo respinto questo principio. Vi ha però un effetto prodotto tanto dalla separazione di corpo quanto dal divorzio, ed è lo scioglimento della comunione. L'articolo 1441 equipara, sotto questo rapporto, la separazione di corpo al divorzio. Vi è dunque, più che analogia, vera identità. Ora il divorzio non scioglie la comunione retroattivamente. Gli articoli 270 e 271 lo dimostrano e non vi ha in proposito alcuna contestazione. Dunque deve essere lo stesso della separazione di corpo. Che il vincolo del matrimonio sia rotto o solamente rilassato, poco importa; la conseguenza è la stessa, la comunione è sciolta. Se non è sciolta

che a partire della pronuncia di divorzio, non dev'essere sciolta che a partire dalla separazione personale. Una identica causa non può produrre effetti diversi (1).

339. La retroattività della separazione dei beni è stata stabilita nell'interesse della moglie. Per garantire efficacemente i suoi diritti, la sentenza deve avere effetto, tanto a riguardo dei terzi quanto fra i coniugi, a partire dal giorno della domanda. Se dunque si ammette che la separazione personale retroagisce, bisogna ammettere anche ch'essa retroagisce a riguardo dei terzi. Ma qui ci troviamo arrestati dal testo stesso dell'art. 1445, il solo appoggio dell'opinione che noi combattiamo. Infatti la disposizione che stabilisce la retroattività della separazione dei beni forma il secondo alinea dell'articolo che ordina la pubblicità della separazione, e questa pubblicità è completata dal codice di procedura. La pubblicità e la retroattività sono intimamente connesse. La legge non ha potuto ammettere la retroattività a riguardo dei terzi che alla condizione di rendere pubbliche la domanda e la separazione. Ora, il codice civile non prescrive la pubblicità della separazione di corpo, nè della domanda, nè della sentenza. Avrebbe dunque attribuito effetto, contro i terzi e in loro danno, ad una sentenza di cui i terzi possono non aver notizia ed a partire dalla domanda che certamente non conoscono. Per sfuggire a questa nuova impossibilità l'opinione contraria distingue. Essa insegna che la separazione dei beni risultante dalla separazione di corpo rimonta al giorno della domanda per quanto riguarda i rapporti dei coniugi tra di loro, ma che non può essere opposta ai terzi che a partire dalla pubblicazione e dall'affissione della sentenza che ha pronunciato la separazione personale (2). Se con questa distinzione si sfugge alla contraddizione logica che abbiamo rilevato, si urta contro una nuova difficoltà, diciamo meglio, contro una nuova impossibilità. Per sostenere che la separazione di corpo retroagisce quanto ai beni si invoca l'art. 1445. Ora, questo articolo stabilisce il principio della retroattività in termini assoluti senza distinguere i coniugi e i terzi. Con qual diritto s'introduce nella legge una distinzione che i suoi termini respingono? Se la separazione di corpo, in quanto trae seco la separazione dei beni è retta dall'art. 1445, bisogna ammettere che la sentenza retroagisce tanto a riguardo dei terzi quanto fra i coniugi. Distinguere ove la legge non distingue, e in una materia eccezionale, è fare la legge. Ecco la maggiore delle impossibilità. Se l'art. 1445 è applicabile alla separazione di corpo, bisogna applicarlo inte-

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 244, n. 94 *bis* III. RODIÈRE e PONT citano gli antichi autori, t. III, p. 649, nota 2, e così pure AUBRY e RAU, t. V, p. 203, note 18 e 19, § 494. Cfr. una sentenza benissimo motivata della Corte di Limoges, 21 dicembre 1869 (DALLOZ, 1870, 2, 83).

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 202, note 18 e 19, § 494, e gli scrittori che citano.

gralmente così a riguardo dei terzi come fra i coniugi, e allora si viene ad una conseguenza altrettanto iniqua quanto contraria alla legge, alla conseguenza cioè che la separazione dei beni ha effetto a riguardo dei terzi a partire dalla domanda, quantunque i terzi non conoscano la domanda. Se non si applica l'art. 1445 a riguardo dei terzi, non si può applicarlo fra i coniugi, e se lo si applica, si cade nelle più strane contraddizioni. Le cause di separazione personale sono assai lunghe; possono durare degli anni. Se la separazione è pronunciata, la comunione sarà sciolta dal giorno della domanda. Da quel momento i coniugi sono separati di beni, e tuttavia la comunione sussisterà a riguardo dei terzi. Così vi sarà ad un tempo comunione e separazione, i coniugi si troveranno insieme in comunione e separati di beni! Il legislatore non avrebbe mai consacrato una simile anomalia. Se avesse voluto far retroagire la separazione personale quanto ai beni, avrebbe prescritto la pubblicità della domanda e avrebbe ammesso la retroattività tanto pei terzi quanto pei coniugi. Quando gli interpreti fanno la legge, la fanno sempre male, perchè non hanno la libertà d'azione di cui gode il legislatore. Si contentino dunque della loro missione, più modesta, e comincino col rispettare la legge che hanno l'incarico d'interpretare.

Fu rilevata un'ultima anomalia nell'opinione che ammette la retroattività limitandola ai coniugi. Il marito può domandare la separazione di corpo contro la moglie. Se è pronunciata, egli avrà cessato d'essere signore e padrone della comunione a partire dalla domanda. La separazione potrà essergli opposta dalla moglie a suo vantaggio ed in danno del marito. Può concepirsi che una domanda accolta dall'autorità giudiziaria si ritorca contro colui che ha vinto la causa? Troplong risponde facendo appello all'onore ed alla delicatezza del marito. Egli dimentica che si tratta di diritti pecuniari, e che il giudice è chiamato a regolarli. Si comprende, a rigore, che la legge subordini l'interesse a un sentimento morale, ma davanti al magistrato sono in questione i soli interessi, e bisogna lasciar da parte ogni altra considerazione (1).

La giurisprudenza è divisa come la dottrina (2). Vi sono tre recenti sentenze della Corte suprema favorevoli all'opinione che abbiamo combattuta. Noi non le accettiamo. La prima non dà alcun motivo (3), e noi non riconosciamo autorità di sorta ad una decisione non motivata. La seconda sentenza è intervenuta in un caso in cui la moglie aveva domandato la separazione dei beni (4). L'ipotesi non è la nostra. L'ultima espone qualche argo-

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 202 e seg., nota 18, § 494.

(2) Vedi l'antica giurisprudenza nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1945.

(3) Rigetto, sezione civile, 5 agosto 1868 (Dalloz, 1868, 1, 407).

(4) Cassazione, 12 maggio 1869 (Dalloz, 1869, 1, 270).

mento, ma erroneo. I giudicati, dice la sentenza, sono dichiarativi e non attributivi dei diritti che consacrano. L'art. 1445 non fa che applicare questo principio generale al giudicato che pronuncia la separazione dei beni. Esso contiene dunque una disposizione di diritto comune che si può e si deve applicare alla separazione personale (1). Come mai la Corte di cassazione può ripetere in tutte le sue sentenze un motivo che è stato mille volte confutato?

Anche la giurisprudenza delle Corti del Belgio è divisa. Essa non apporta alcun nuovo elemento alla questione (2).

II. — Conseguenze.

1. — Quanto ai beni.

340. La conseguenza della retroattività, quanto ai beni che costituiscono la comunione e quanto al patrimonio proprio dei coniugi, non soffre alcuna difficoltà. Poichè la sentenza retroagisce al giorno della domanda, la separazione dei beni esiste da quel momento. Dunque la comunione è sciolta e quindi sarà liquidata nello stato in cui si troverà al giorno della domanda. Se dopo questo giorno e durante la causa di separazione verranno devolute alla moglie delle successioni, i beni resteranno suoi proprii. È talvolta in vista d'una eredità che deve esserle devoluta che la moglie domanda la separazione. Essa salverà così i valori mobiliari che la compongono. È sottinteso che accadrebbe altrettanto dei beni che si devolvessero al marito (3).

341. Essendo la comunione sciolta a partire dalla domanda, il marito cessa di godere dei redditi della moglie, ma siccome, di fatto, continuerà a percepire i frutti e gli interessi, dovrà farne la restituzione, come dovrebbe farla se, in caso di scioglimento della comunione per tutt'altra causa, percepisse i redditi della moglie, quando la comunione più non esiste. Si applica il principio generale che governa i frutti. Essi appartengono al proprietario e devono essergli restituiti da colui che li ha percepiti senza avervi diritto. Gli è lo stesso degli interessi dei crediti che fossero rimasti proprii alla moglie. Se la moglie ha dei compensi da esercitare pei suoi beni propri, ha diritto agli interessi a partire dallo scioglimento della comunione e, quindi, nella specie, dal giorno della domanda. Infatti, a termini dell'articolo 1473, i compensi dovuti dalla comunione ai coniugi producono interesse di pien diritto dal giorno dello scioglimento della comunione, e in caso di separazione di beni, la comunione

---

(1) Rigetto, sezione civile, 18 marzo 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 49).

(2) Bruxelles, 8 agosto 1856 per la retroattività (*Pasicrisie*, 1856, 2, 346). Liegi. 10 agosto 1854, contro (*ibid.*, 1855, 2, 171).

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 243, n. 94 *bis* II, e tutti gli scrittori.

è sciolta a partire dalla domanda. Tuttavia, secondo l'opinione comune, l'art. 1473 non s'applica che al caso in cui la moglie accetti la comunione. Se quindi vi rinunciasse, non potrebbe reclamare gl'interessi dei suoi compensi che in base al diritto comune, vale a dire, domandandoli giudizialmente (art. 1153). È questa una differenza fra i compensi e i beni proprii della moglie. Accetti o rinunci, essa ha sempre diritto alla restituzione dei suoi beni proprii e, per conseguenza, alla restituzione dei frutti e degli interessi.

La moglie ha diritto anche agli interessi della dote mobiliare che è entrata nell'attivo della comunione legale? Se rinuncia, perde ogni diritto ai mobili che sono entrati da parte sua nella comunione. La questione non può dunque presentarsi che nel caso in cui la moglie accetti. Essa non ha che i diritti d'un comproprietario, vale a dire che prende la metà della massa divisibile, ma in questa massa sono compresi gli interessi che il marito ha percepiti dopo lo scioglimento della comunione. In caso di separazione, il marito deve dar conto di questi interessi a partire dalla domanda. Se la moglie si fosse riservata la ripresa della sua dote mobiliare in caso di rinuncia, avrebbe diritto agli interessi? Bisogna rispondere affermativamente, in forza del principio che il marito deve restituire gli interessi ai quali non ha più alcun diritto dopo la domanda di separazione.

I diritti della moglie agli interessi ed ai frutti subiscono una restrizione. Essa esercita i suoi diritti a partire dalla domanda di separazione, come se la comunione fosse risolta. Per contrario, essa deve alla sua volta sostenere i pesi che le incombono dopo la separazione. Ora, la moglie separata deve contribuire alle spese di famiglia in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito (art. 1448). Di fatto il marito avrà pagate queste spese durante la causa di separazione. Egli potrà dunque portarle in conto alla moglie per la sua parte contributiva e dedurle conseguentemente dagli interessi e dai frutti che deve restituire (1).

342. Regna qualche incertezza nella dottrina e nella giurisprudenza sui puincipii che abbiamo esposti. Nell'antico diritto la questione di sapere se il marito deve restituire gli interessi della dote, vale a dire dei beni proprii che la moglie riprende, o dei mobili stipulati proprii, era controversa. Secondo il parere di Pothier, bisognava rimettersene all'arbitrio del giudice, il quale avrebbe compensati gl'interessi della dote cogli alimenti somministrati alla moglie durante la causa e la parte per la quale essa deve contribuire ai pesi del matrimonio quando avesse trovato che non vi ha notevole differenza e specialmente quando la causa non fosse durata troppo a lungo. Toullier ha ragione di respingere questo temperamento

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 401, e nota 46, § 516, e le autorità che citano.

d'equità che il giudice non può più permettersi sotto l'impero della nostra legislazione. Dal momento che si ammette che la moglie ha diritto agl'interessi ed ai frutti, bisogna accordarglieli, salvo a portare in conto ciò che deve per la sua parte contributiva ai pesi (1).

Si è obbiettato che, dovendo il marito sostenere gli oneri del matrimonio durante la causa di separazione, bisognava lasciargli gl'interessi della dote, vale a dire i redditi dei beni proprii della moglie, poichè gli interessi sono dovuti al marito per aiutarlo a sopportare i pesi. Vi ha una sentenza in questo senso della Corte di cassazione che Troplong approva. Nel caso concreto si trattava degli interessi della dote sotto il regime dotale. La dote deve essere restituita, ma la legge non dice che la moglie ha diritto agl'interessi di pien diritto dopo lo scioglimento del regime in conseguenza della separazione dei beni, e quindi deve domandarli giudizialmente. D'altronde non può essere questione di condannare il marito a restituire gli interessi che, in stretto diritto, gli sono dovuti finchè sostiene i pesi del matrimonio (2). Non si può invocare questa sentenza come un precedente per il regime della comunione, i principii che reggono i due sistemi essendo diversi. L'art. 1473 concede alla moglie gli interessi di pieno diritto pei suoi compensi, e quindi pei redditi dei suoi beni proprii, poichè la restituzione dei beni propri è compresa fra i prelevamenti allo stesso titolo che quella dei compensi (art. 1470). Ma anche sotto il regime dotale la decisione della Corte potrebbe essere contestata. Non si può dunque invocarla per estenderla al regime della comunione. L'argomento di Troplong, in ogni caso, è insignificante. Senza dubbio gli interessi spettano al marito per sostenere i pesi del matrimonio, ma la difficoltà consiste nel sapere se la retroattività della sentenza non deve mettere i coniugi nella condizione in cui si troverebbero se realmente la comunione fosse stata sciolta il giorno della domanda di separazione. È questo appunto che significa il principio della retroattività.

La sentenza della Corte di cassazione non ha fatto giurisprudenza. Anzitutto è impossibile rifiutare gli interessi alla moglie quando si tratta di compensi propriamente detti. La legge li fa decorrere di pien diritto a partire dallo scioglimento della comunione (art. 1473), e quindi dal giorno della domanda di separazione, in virtù dell'art. 1445. È questa la decisione della Corte di Bruxelles (3), e ci pare al coperto da ogni contestazione. Quanto ai frutti o ai redditi dei beni proprii della

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 521. TOULLIER, t. VII, 1, p. 101, n. 105.

(2) Rigetto, 28. marzo 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 171). TROPLONG, t. I, p. 401, numero 1384.

(3) Bruxelles, 11 marzo 1831 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 818, e *Pasicrisie*, 1831, p. 50).

moglie, la stessa Corte di cassazione ha giudicato che, se un creditore del marito li sequestra dopo l'introduzione della domanda, il sequestro cade. La Corte pone per principio che è lo stato dei coniugi al giorno della domanda che bisogna considerare per stabilire se i valori mobiliari provenienti dai conferimenti della moglie sono legalmente rientrati nelle sue mani e si trovano, per conseguenza, sottratti all'azione dei creditori del marito. Nel caso concreto un creditore aveva sequestrato, posteriormente alla domanda, un credito proprio della moglie. La Corte decise che, in conseguenza della retroattività, il detto credito aveva cessato d'essere a disposizione del marito al momento in cui era intervenuto il sequestro. Il creditore aveva dunque sequestrato un bene che non apparteneva più al suo debitore (1). Se il credito era da quel momento rientrato nel patrimonio della moglie, è pure ad essa che spettavano i relativi interessi. Vi sono, su questo punto, delle sentenze in senso contrario, ma non hanno alcuna autorità dottrinale. La Corte di Riom nega un principio che è oggidì universalmente riconosciuto. Essa pretende che la sentenza di separazione non retroagisca a riguardo dei terzi (2). Perchè allora la legge avrebbe avuto tanta cura di dare pubblicità alla domanda di separazione? La Corte di Rouen versa nello stesso errore (3). Essa parla di diritti acquisiti al creditore, mentre la questione sta precisamente nel sapere se il creditore ha il diritto di sequestrare.

343. La Corte di cassazione ha applicato il principio della retroattività alle restituzioni che il marito deve fare in virtù dell'art. 1477. A termini di questa disposizione, quello de' coniugi che distrae o nasconde effetti della comunione è privato della sua parte negli effetti medesimi. Nel caso presentatosi davanti la Corte il marito aveva stornato valori industriali che producevano interessi o dividendi. La Corte ha deciso che questi interessi e dividendi facevano parte integrante dei valori (4), decisione perfettamente giuridica, a nostro avviso, perchè i frutti d'un fondo sono una parte del fondo e appartengono, come accessorii, al proprietario del fondo medesimo. Per la stessa ragione gli interessi e dividendi devono appartenere al proprietario dell'azione. Non si tratta, in questo caso, dei principii che reggono gl'interessi di mora. Questi non sono dovuti che a partire dalla domanda (art. 1153), mentre il proprietario del credito vi ha diritto in forza del suo diritto di proprietà.

344. Il principio della retroattività fra i coniugi presenta

---

(1) Cassazione, 22 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 1, 267). Cfr. AUBRY e RAU, t. V, p. 401, nota 47, § 516. RODIÈRE e PONT, t. III, p. 648, n. 2178.
(2) Riom, 31 gennaio 1826 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1941).
(3) Rouen, 9 agosto 1839 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1942).
(4) Rigetto, sezione civile, 5 agosto 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 407).

un' altra difficoltà. In forza della sentenza di separazione la donna ha diritto alle riprese che l'art. 1471 accorda alla moglie in comunione di beni. Questi prelevamenti o riprese sono una operazione preliminare alla divisione. Può essa farsi durante la causa di separazione? È stato giudicato in senso negativo, ed a ragione. Se la sentenza che pronuncia la separazione retroagisce, è per una finzione. Bisogna vedere qual sia l'oggetto di questa finzione e quali ne siano i limiti. Il legislatore ha voluto garantire i diritti della moglie contro le dissipazioni del marito. Per questo basta che il marito non possa più disporre della comunione e che la moglie abbia facoltà di compiere atti conservativi sui beni del marito. Queste garanzie essa le ha, come diremo più avanti. Non è necessario che le riprese della moglie siano liquidate e pagate prima della sentenza. La moglie non potrebbe certamente pretenderlo. Quindi il marito, pagando le riprese, paga ciò che non deve. A rigore egli potrebbe ripeterle. Ne consegue che questi pagamenti non sono validi che fino a concorrenza di quello di cui la moglie ha approfittato (1).

La questione è stata portata avanti la Corte di cassazione nel caso seguente. Il marito cede dei beni suoi proprii alla moglie in pagamento dei costei diritti. A temini dell'art. 1595, questa cessione è permessa quando esiste separazione giudiziaria, sebbene, per regola generale, la vendita fra coniugi sia vietata. Potendo la cessione farsi dopo la separazione, devesi dalla retroattività della sentenza conchiudere che la cessione può aver luogo durante la causa? No, perchè la cessione è una dazione in pagamento, e quindi suppone che debbano pagare i diritti della moglie. Ora, noi abbiamo detto che fino alla sentenza il marito non è debitore, e quindi non può fare alcuna dazione in pagamento. Pertanto la cessione è nulla in forza del divieto stabilito dall'art. 1595. Si opponeva il principio della retroattività. La Corte risponde che la legge ha voluto conservare alla moglie i diritti che possono esserle devoluti durante la causa, ma che non ha inteso di autorizzare una esecuzione preventiva e volontaria della domanda di separazione. Se la retroattività fosse interpretata in questo senso si metterebbe la legge in contraddizione con sè stessa. Essa ha proibito le separazioni volontarie, e non può quindi permettere che sia eseguita, mercè la convenzione dei coniugi, una separazione che non esiste ancora. Anche l'art. 1595 vi si oppone. Esso accorda un diritto alla moglie separata di beni in forza d'una sentenza. Non si può trasferire questo diritto alla moglie che chiede la separazione senza aprir l'adito alle frodi ed alle collusioni che la legge ha voluto prevenire (2).

---

(1) Grenoblo, 28 agosto 1847 (DALLOZ, 1848, 2, 137). AUBRY e RAU, t. V, p. 402, nota 53, § 516.

(2) Bourges, 25 gennaio 1871 (DALLOZ, 1871, 2, 172), e Rigetto, sezione civile,

2. — Effetto della retroattività quanto ai debiti.

345. Il marito contrae dei debiti durante la causa di separazione. Cadono essi nel passivo della comunione? No, perchè non esiste più comunione. Essa è sciolta fra i coniugi a partire dalla domanda di separazione in quanto concerne i beni che possono essere devoluti agli sposi, e, per la stessa ragione, deve essere risolta quanto al passivo. La conseguenza, in diritto, è incontestabile, e, in fatto, presenta il maggiore interesse per la moglie. Quale è lo scopo della sua domanda? Quello di salvare la sua dote o le sue riprese dal pericolo che le minaccia pei disordini degli affari del marito. Ora, se durante la causa il marito potesse obbligare la comunione, non vi sarebbe più alcuna garanzia per la moglie; la sua rovina sarebbe certa. Per diritto i debiti non possono cadere in una comunione che non esiste più. Tuttavia i debiti possono profittare alla comunione e, per conseguenza, alla moglie. Tali sarebbero i debiti che il marito ha contratto pei bisogni della famiglia. La moglie separata deve contribuire a queste spese, sebbene fatte durante la causa. Vi sarà, per questo titolo, un conto fra i coniugi. La moglie contribuirà ai debiti dai quali ha tratto profitto (1).

346. Che dovrà dirsi dei debiti contratti, durante la causa, dalla moglie senza l'autorizzazione maritale? È certo ch'essi non cadono in comunione. Ma la moglie è almeno obbligata personalmente? La Corte di Bruxelles ha giudicato in senso affermativo (2). Essa ha deciso, per principio, che la moglie cessa d'essere in comunione a partire dalla domanda; che, per conseguenza, essa può obbligarsi senza l'autorizzazione maritale, almeno quando si tratta d'un atto d'amministrazione. A noi la soluzione pare molto dubbia. La retroattività è una finzione. Questa finzione non è stata creata per rendere la moglie capace d'obbligarsi. La moglie non ha bisogno di tale capacità per la garanzia de'suoi diritti. Si eccede dunque la legge estendendola alle obbligazioni che fossero contratte dalla moglie. Anche l'art. 1449 resiste ad una simile interpretazione. Esso non dice che la moglie ha il diritto d'obbligarsi. La moglie non ha questo diritto che per l'amministrazione che riprende dopo lo scioglimento. Ora, la moglie non amministra durante la causa, e quindi è inutile ch'abbia il diritto di obbligarsi. Non si concepisce nemmeno che essa si obblighi, poichè non si obbliga che amministrando, ed essa non amministra.

---

2 luglio 1873 (Dalloz, 1873, 1, 464). Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Bourges del 17 aprile 1867 (Dalloz, 1868, 2, 23).

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 401, nota 48, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 243, n. 94 *bis* II.

(2) Bruxelles, 21 marzo 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 90).

3. — Effetto della retroattività relativamente agli atti di disposizione o d'amministrazione compiuti dal marito.

347. Durante la comunione il marito è signore e padrone dei beni comuni. Egli li amministra da solo e ne dispone senza il concorso della moglie. Il marito ha anche l'amministrazione dei beni personali della moglie, e fa da solo tutti gli atti che si reputano d'amministrazione. Quando la comunione è sciolta dalla sentenza che pronuncia la separazione, il marito non è più che un socio relativamente ai beni comuni; egli non ha più il diritto di amministrarli, e meno ancora di disporne. Egli cessa anche di essere amministratore dei beni della moglie. Gli effetti che produce la sentenza di separazione retroagiscono al giorno della domanda? Secondo il testo e lo spirito della legge, bisogna rispondere affermativamente. L'art. 1445 dice che gli effetti della sentenza risalgono al giorno della domanda. Ora, il primo effetto della sentenza è quello di sciogliere la comunione e di metter fine al potere del marito, sia come capo della società di beni, sia come amministratore dei beni della moglie. Tale è pure l'oggetto della domanda di separazione. È per il fatto che l'amministrazione della comunione e dei beni della moglie è rovinosa che la moglie domanda che i poteri del marito cessino. E perchè la separazione retroagisce al giorno della domanda? Per far cessare un'amministrazione che finirebbe col rovinare la moglie. Bisogna dunque che a partire dalla domanda il marito cessi d'essere signore dei beni comuni e d'amministrare i beni della moglie.

348. Diversa è la questione di sapere quale è la sorte degli atti che il marito fa durante la causa, sia come capo della comunione, sia come amministratore dei beni della moglie. La legge non si spiega su questo punto. Occorre dunque decidere la questione secondo i principii generali. Non essendo più di diritto, il marito signore dei beni comuni, nè amministratore dei beni della moglie, ne risulta che non può più agire in tal qualità, e gli atti cui procede senza veste sono nulli. Quale è il carattere della nullità? Chi può invocarla? La legge fa retroagire la sentenza unicamente nell'interesse della moglie. Se dunque la separazione risale al giorno della domanda e se, a partire da quel momento, il marito cessa d'essere capo della comunione e amministratore dei beni della moglie, ciò avviene ancora nell'interesse esclusivo della moglie. Dunque se gli atti che il marito fa senza veste a partire dalla domanda sono nulli, la nullità è essenzialmente relativa. La moglie sola può invocarla.

Ciò non è dubbio. Ma la difficoltà non sta qui. Si domanda se la nullità che la moglie invoca è di diritto, vale a dire se il tribunale deve pronunciarla ogni qualvonta risulti provato che l'atto fatto dal marito è posteriore alla domanda di separazione.

O è necessario che la moglie dimostri che questi atti le sono dannosi? La legge non dice che gli atti del marito sono nulli, e meno ancora che sono nulli di diritto. Non si potrebbe dunque ammettere questa nullità che nel caso in cui risultasse dai principii. Ora, tutto ciò che la legge vuole facendo risalire gli effetti della separazione al giorno della domanda è d'impedire al marito di compiere la rovina della famiglia. Questo suppone atti dannosi, atti che mettono in pericolo la dote e le riprese della moglie o che aumentano questo pericolo. Se l'atto compiuto dal marito non reca alcun danno alla moglie, con qual diritto essa l'impugnerebbe? Dirà che il marito era senza veste per agire e che quindi ciò che ha fatto è radicalmente nullo? Sarebbe eccedere la legge e, per conseguenza, applicarla ad una ipotesi per la quale certamente essa non è stata fatta. Il legislatore vuole soltanto che la moglie non sia lesa dagli atti del marito. Dunque, secondo lo spirito della legge, il marito non ha veste d'agire nel senso ch'egli non può ledere i diritti della moglie. Se agendo non li offende, non vi ha più motivo per negargli veste d'agire. Al contrario, l'interesse dei coniugi e l'interesse generale richiedono che il marito possa fare ogni atto il quale non rechi alcun danno alla moglie. Avvertiamo anzitutto che, fin quando il giudice non abbia statuito sulla domanda della moglie, il marito continua, di fatto e di diritto, ad amministrare i beni comuni e quelli della moglie. Non si può opporgli che i suoi poteri cessano per una finzione della legge, perchè questa finzione suppone che vi sia una sentenza la quale pronunci la separazione. Finchè non esiste sentenza è impossibile immaginare una retroattività in forza della sentenza. Il marito resta dunque capo e amministratore, egli solo ha veste d'agire. Dove occorra un atto relativo alla comunione od ai beni propri della moglie, il solo marito ha diritto di farlo. Dichiarandolo nullo se la separazione è pronunciata, si viene a porre il marito nell'assoluta impossibilità di agire, anche per atti che fossero vantaggiosi alla moglie. Chi soffrirebbe da questa impossibilità di agire? La moglie innanzi tutto. Anche la società ne risentirebbe, perchè i beni comuni e i beni della moglie sarebbero di fatto fuori di commercio, in quanto nessuno vorrebbe più contrattare col marito, nemmeno a condizioni vantaggiose per la moglie, poichè essa non cesserebbe per questo di avere il diritto d'impugnare simili atti. Se la legge permette alla moglie di domandarne la nullità, è per tutelare i suoi interessi. Bisogna dunque che la moglie provi ch'essa è interessata ad ottenerne l'annullamento. Giungiamo così alla conseguenza che non vi ha nullità di diritto. Gli atti del marito non sono nulli a riguardo della moglie che quando le recano danno.

Rimane una difficoltà, ed è su di essa specialmente che ferve la controversia. Basta il danno perchè la moglie possa impugnare gli atti, o è necessario che vi sia frode? E i terzi devono essere complici della frode? Noi crediamo che basti il danno. A

nostro avviso, la moglie può impugnare gli atti del marito per ciò solo che le sono dannosi, quand'anche il marito avesse agito senza intenzione di commettere una frode e i terzi fossero in buona fede. Questo risulta dalla essenza medesima della separazione dei beni. Per qual motivo la legge permette alla moglie di domandarla? Perchè il marito agisce in frode dei suoi diritti? Niente affatto. La legge non esige nemmeno che la moglie provi la cattiva amministrazione del marito (n. 220 e 225). Può darsi che non vi sia cattiva amministrazione, e meno ancora frode. La moglie ha il diritto di chiedere la separazione dal momento che lo stato degli affari del marito compromette la sua dote e le sue riprese. Perchè la moglie sia tutelata contro questo pericolo, la legge vuole che la separazione retroagisca al giorno della domanda. Basta dunque che vi sia pericolo perchè la moglie goda del beneficio della retroattività. Ciò non implica alcuna frode. Dal momento che gli atti del marito le sono dannosi, la moglie può agire. Essa dunque lo può anche quando i terzi che hanno contrattato col marito fossero in buona fede. Invano s'invoca l'interesse dei terzi. La legge vi ha provveduto, prescrivendo la pubblicità della domanda. I terzi sono avvertiti che la separazione è domandata e che, se venga pronunciata, retroagirá. Spetta ad essi il vedere se possono con sicurezza trattare col marito. Secondo noi, i terzi possono contrattare con piena sicurezza se l' atto non porta alcun danno alla moglie.

349. La dottrina che abbiamo esposto non è quella degli scrittori nè della giurisprudenza. Gli autori non sono d'accordo. Alcuni sembrano ammettere una retroattività assoluta. Battur e Toullier insegnano che la sentenza retroagisce tanto contro i terzi quanto fra i coniugi (1). Tuttavia ci pare che si esagererebbe il loro concetto ammettendo che, secondo la loro opinione, gli atti del marito sono nulli di diritto. Essi non discutono la questione, ed è molto pericoloso, in diritto, procedere per via d'induzione e conchiudere, da quanto dice uno scrittore, ch' egli accetta tutte le conseguenze che risultano dalle sue parole.

La maggior parte degli scrittori distinguono fra gli atti di disposizione e gli atti d'amministrazione. Essi ammettono che gli atti d'amministrazione sono validi, a meno che il marito non li abbia fatti in frode dei diritti della moglie, mentre gli atti di disposizione sono nulli per ciò solo che il marito non aveva il diritto di farli (2). Su che è fondata questa distinzione? Non già sul testo della legge, perchè questa non dice che la separazione retroagisce quanto agli atti di disposizione e non retroagisce quanto agli atti d'amministrazione. È forse lo spirito

---

(1) Battur, t. II, p. 335, n. 650. Toullier, t. VII, 1, p. 98, nn. 101 e 102.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 402, note 49-52, § 516. Rodière e Pont, t. III, p. 646, nn. 2177 e 2178. Colmet de Santerre, t. VI, p. 243, n. 94 *bis* II.

del codice che impone questa distinzione? Nemmeno. La legge non vuole impedire che una cosa, cioè che gli atti del marito rechino danno alla moglie. Dunque, senza danno, la moglie è carente di diritto. Se gli atti di disposizione le sono dannosi, essa agirà e ne otterrà l'annullamento dimostrandosi lesa. Ma se l'alienazione non le è dannosa, perchè avrebbe facoltà d'impugnarla? Si dirà che il marito non aveva più il diritto di disporre, poichè al momento in cui dispone la comunione è sciolta. Rispondiamo che non è vero che il marito non abbia alcun diritto. Tutti ammettono ch'egli ha un diritto: si tratta soltanto di precisarne il limite. La cosa ci sembra così evidente da farci supporre che gli scrittori abbiano sottinteso la condizione del danno. Ma, in una scienza esatta come la nostra, val meglio dire le cose che sottintenderle.

Quanto agli atti d'amministrazione, si dice che è necessario convalidarli, perchè il marito si trova durante la causa nella necessità di amministrare ed egli solo ne ha il diritto. Se questo motivo giustificasse la distinzione, bisognerebbe restringerla agli atti necessarii ed annullare quelli che non lo sono. Ora, gli autori che noi combattiamo convalidano tutti gli atti d'amministrazione, purchè non siano fraudolenti. Essi introducono nella legge una distinzione che non esiste. Inoltre rendono la garanzia dell'art. 1445 quasi illusoria. Avvertiamo anzitutto ch'era inutile dire che la moglie può impugnare gli atti che il marito fa in frode dei suoi diritti durante la causa di separazione. Essa lo può in virtù del diritto comune (1). Se dunque la legge le permette d'impugnare gli atti d'amministrazione, ha dovuto accordarle un diritto speciale. Abbiamo detto quale sia questo diritto speciale. Esso consiste nell'impedire al marito, dal giorno della domanda di separazione, di recare un danno alla moglie. Per conseguenza la moglie deve avere il diritto di agire dal momento che subisce un danno. Si invoca la buona fede dei terzi. Abbiamo detto più volte che si abusa singolarmente della buona fede dei terzi, come se la buona fede legittimasse tutto, anche gli atti di coloro che non hanno alcun diritto di fare ciò che hanno fatto. Il marito non ha veste d'agire, dal giorno della domanda di separazione, nel senso ch'egli non può più fare alcun atto che rechi danno alla moglie. Può forse la buona fede dei terzi aver per effetto di convalidare ciò che il marito fa in danno della moglie? La questione non ha senso.

350. La giurisprudenza è divisa e, bisogna dirlo, senza alcun principio. È stato giudicato che la vendita d'un fondo di commercio, fatta dal marito durante la causa di separazione, è nulla. La Corte di Rennes stabilisce il principio che, durante

(1) Rigetto, sezione civile, 30 giugno 1807 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, numero 1932).

la pendenza della lite, i diritti del marito, come capo e amministratore, sono sospesi (1). L'art. 1445 non dice questo. Sarebbe rendere impossibile ogni atto d'amministrazione, anche il più necessario, il più vantaggioso alla moglie. La Corte non indietreggia davanti a simili conseguenze. I tribunali, essa dice, non possono autorizzare che gli atti conservativi. È vero che la moglie aveva domandato l'apposizione dei sigilli, ma può la moglie rendere l'amministrazione del marito impossibile sotto il pretesto d'una misura di conservazione? Vi ha una decisione in senso contrario del tribunale della Senna, il quale ha giudicato che il marito può vendere un fondo di commercio durante la causa, purchè lo faccia senza frode (2). Anche la Corte di Bruxelles si è pronunciata per la validità della vendita d'una casa. Essa si fonda sul motivo che, a nostro avviso, è il vero, cioè che la vendita non era dannosa alla moglie (3).

350 *bis*. La stessa divergenza esiste quanto agli atti d'amministrazione. È stato giudicato che l'affitto d'un molino era nullo, quantunque fosse stato fatto senza frode. La Corte dice che, stando alle circostanze della causa, era un atto di cattiva amministrazione; poi soggiunge che l'affitto era sospetto, per essere stato consentito dopo la pubblicazione della domanda di separazione (4). Non si sa, in sostanza, se l'affitto era o non era seguito in frode della moglie, e nemmeno se le era dannoso.

La Corte di Rennes ha deciso, al contrario, in termini assoluti, che l'affitto è valido, a meno che non sia fraudolento (5). Anche questo si chiama eccedere la legge, poichè un affitto, sebbene fatto senza frode, può recar danno alla moglie, ed è il danno che l'art. 1445 ha voluto impedire. Quanto alla frode, i principii generali di diritto e l'art. 1167 vi avevano sufficientemente provveduto.

Un'altra Corte ha posto il principio che il marito conserva l'amministrazione, poichè la moglie non la riprende che dalla pronuncia della sentenza. Non avendo la moglie il diritto d'amministrare i suoi beni, bisogna che l'abbia il marito, perchè esso non potrebbe stare sospeso. È verissimo, ma bisogna conciliare questo stato di cose colla retroattività della sentenza che ordina la separazione. La Corte viene ad una conclusione inammissibile, che cioè la retroattività non concerne che i frutti dei beni e i beni che potessero essere devoluti alla moglie durante la causa; ch'essa è estranea agli atti d'amministrazione che il ma-

---

(1) Rennes, 3 luglio 1841 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1933).

(2) Sentenza del Tribunale della Senna, 22 luglio 1836 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1934).

(3) Bruxelles, 6 gennaio 1820 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1935, e *Pasicrisie*, 1820, p. 9).

(4) Riom, 20 febbraio 1826 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1929).

(5) Rennes, 2 gennaio 1808 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1381).

rito facesse dopo la domanda di separazione. In questo modo si limita e si restringe un testo concepito in termini generali, e si lascia la moglie senza garanzia contro gli atti di cattiva amministrazione, mentre lo scopo della legge era di tutelare i suoi interessi. La Corte non aveva bisogno di questa falsa teorica per mantenere l'atto litigioso, dappoichè rileva in fatto che la locazione impugnata dalla moglie le era vantaggiosa, il che bastava per respingere l'azione di nullità (1).

La Corte d'Angers ha giudicato che il marito non poteva fare che gli atti strettamente necessarii. Anche così si limita una legge generale e vi si apporta una restrizione senza alcun profitto per la moglie. Perchè non mantenere gli atti che le sono vantaggiosi, sebbene non siano precisamente necessarii? Nel caso concreto si trattava d'un affitto, e la Corte dichiara che esso è dannoso e fraudolento (2). Era questo un motivo perentorio per annullarlo, senza che vi fosse bisogno di ricorrere alla teoria degli atti necessarii.

351. Il codice di procedura autorizza la moglie a provocare le misure conservative dei suoi diritti (art. 869). È questo un diritto analogo a quello che l'art. 270 accorda alla moglie attrice o convenuta in causa di divorzio? Essa può, a termini di questo articolo, richiedere, per la conservazione dei suoi diritti, l'apposizione dei sigilli sugli effetti della comunione. I sigilli non sono rimossi se non dopo fatto inventario colla relativa stima, e coll'onere da parte del marito di restituire le cose inventariate o di rispondere del loro valore come custode giudiziario (3). È dubbio che questa disposizione sia applicabile alla domanda di separazione dei beni. Di fronte ad un'azione di divorzio o di separazione personale, l'odio che divide i coniugi fa tutto temere e giustifica ogni precauzione. Non così in caso di separazione dei beni. Le misure conservative che il codice di procedura autorizza sono quelle che si conciliano col potere d'amministrazione del marito. Tale sarebbe un'opposizione nelle mani dei debitori della moglie (4). Il marito può, al rigore, amministrare i beni della moglie senza che i debitori paghino; ma come amministrerebbe la comunione se tutti gli effetti mobili che la compongono fossero posti sotto suggello? Siccome la legge non definisce gli atti conservativi che la moglie è autorizzata a compiere, spetta ai tribunali conciliare gli interessi della moglie colla necessità dell'amministrazione che resta affidata al marito.

---

(1) Poitiers, 31 maggio 1823 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1928).
(2) Angers, 16 agosto 1820 (DALLOZ, *ibid.*, n. 1930).
(3) AUBRY e RAU, t. V, p. 402, nota 52, § 516 (4.ª ediz.).
(4) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 244, n. 94 *bis* III.

4. — Dell'accettazione e della rinuncia alla comunione.

352. La moglie, dopo lo scioglimento della comunione, ha la facoltà d'accettarla o di rinunciarvi (art. 1453). Può essa esercitare questo diritto durante la causa di separazione? Generalmente lo si ammette. Nell'antico diritto era consuetudine che la moglie facesse la sua dichiarazione di rinuncia il giorno stesso della domanda di separazione (1). La giurisprudenza ha consacrato questa tradizione (2). Ma siccome la moglie ha anche il diritto d'accettare, bisogna riconoscerle questo diritto durante la causa. Così decidono, infatti, dottrina e giurisprudenza (3). Noi nutriamo però qualche dubbio. La legge non dà il diritto d'opzione alla moglie che dopo lo scioglimento della comunione. Sta d'altronde il principio che non si può far valere un diritto se non quando è esercibile. Si dice che, in conseguenza della retroattività, dee reputarsi che la comunione sia sciolta dal giorno della domanda. Ma questo scioglimento non è che fittizio. In realtà, la comunione sussiste. Bisogna dunque vedere quale è lo scopo della finzione e quali ne sono i limiti. La legge vuol guarentire i diritti della moglie. Essa le permette, conseguentemente, d'impugnare gli atti che il marito facesse in suo danno durante la causa di separazione. Ciò basta per tutelare i suoi interessi. La rinuncia le dà forse una garanzia maggiore? E perchè la moglie accetterebbe, quando l'accettazione non le attribuirebbe alcun diritto? Essa non potrebbe certo domandare la divisione, il che prova che la retroattività ha dei limiti. Dal momento che la moglie non ha interesse a considerare la comunione come sciolta, la finzione non ha più ragion d'essere. Si rientra, per conseguenza, nella realtà delle cose. Se dunque la moglie, dopo avere accettato o rinunciato durante la causa, avesse interesse a ritornare sul fatto proprio, noi crediamo che ne avrebbe il diritto.

§ VI. — *Del ristabilimento della comunione.*

N. 1. — Condizioni.

353. La comunione sciolta colla separazione sia di corpo e di beni, sia di beni soltanto, può essere ristabilita col consenso di entrambe le parti » (art. 1451). Perchè il codice permette di ristabilire la comunione, quando una sentenza ne ha pronunciato lo scioglimento? Pothier risponde che il ritorno alla legge del

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 521.
(2) Orléans, 14 novembre 1817 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 1943). Troplong, t. II, p. 5, n. 1507.
(3) Rodière e Pont, t. II, p. 314, n. 1011. Lione, 24 dicembre 1829, e Rigetto, 21 giugno 1831 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2123).

contratto di matrimonio va favorito. Il voto della legge è che le convenzioni matrimoniali non ricevano alcun cambiamento. Se essa dà alla moglie il diritto di domandare la separazione dei beni, gli è perchè i fatti provano che la società formata dai coniugi non raggiunge lo scopo ch'essi avevano di mira, il disordine degli affari del marito facendo temere che la dote e le riprese della moglie siano compromesse. Importa allora mettere fine ad un sistema che getterebbe tutta la famiglia nella miseria. Ma questa condizione può cambiare: il marito può tornare a miglior fortuna, può correggersi delle sue abitudini di dissipazione. Importa allora ai due coniugi ed ai figli che la comunione sia ristabilita, poichè l'associazione dei coniugi è più favorevole alla comune prosperità che lo stato di separazione (1).

354. La legge esige il consenso di entrambe le parti. Siccome chi domanda la separazione è la moglie, si potrebbe credere che debba bastare il suo consenso per farla cessare. Nell'antico diritto questa pretesa s'era fatta strada. È stato giudicato che la comunione non poteva essere ristabilita dalla sola volontà della moglie che abbandonasse la sentenza di separazione. Infatti, la comunione è una convenzione, e non vi ha convenzione senza concorso di consenso. La convenzione che aveva formato la comunione essendo sciolta, occorre un nuovo concorso di consenso per ristabilirla. Questo è anche razionale. La sentenza che ha pronunciato la separazione dà dei diritti ai coniugi. Essi non possono esserne privati senza la loro volontà. Il marito può preferire la separazione alla comunione, e sarebbe ingiusto ristabilirla suo malgrado. A maggior ragione il marito non può costringere la moglie a ristabilire la società dei beni quand'anche provasse che il disordine dei suoi affari è cessato e che non vi ha più nulla a temere per la dote e le riprese della moglie (2).

355. La legge esige che il consenso dei coniugi sia constatato da un atto steso in doppio originale avanti notaio (art. 1451). Questa formalità è richiesta anche nel caso in cui la separazione dei beni sia conseguenza della separazione personale. I coniugi possono sempre ristabilire la vita comune. Basta ch'essi vi consentano; non occorre alcuna formalità. Si potrebbe credere che essendo ristabilita la vita comune, la separazione dei beni non ha più ragion d'essere, poichè essa non è che una conseguenza della separazione di corpo. Perchè cessando la causa, l'effetto sussiste fino a che i coniugi non abbiano consentito con atto autentico al ristabilimento della comunione? Vi ha un motivo

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 523. DUVEYRIER riporta le parole di POTHIER (*Relazione*, n. 35, in LOCRÉ, t. VI, p. 424). TROPLONG, t. I, p. 424, n. 1463.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 526. COLMET DE SANTERRE, t. III, p. 265, numero 103 *bis* III.

di diritto e una ragione morale. Le convenzioni matrimoniali sono un atto solenne. Ora, il ristabilimento della comunione è un nuovo contratto di matrimonio. Ad un regime ne succede un altro. Occorre dunque una convenzione autentica, secondo lo spirito della legge. È questo il solo modo d'assicurarsi che i coniugi consentano liberamente a che la società dei beni sia ristabilita. Essa non deve essere ristabilita loro malgrado. I coniugi possono avere interesse a mantenere la società dei beni, e se la società delle persone avesse per necessaria conseguenza la società dei beni, essi potrebbero preferire di rimanere separati di persona. La legge che favorisce la riunione dei coniugi doveva dunque loro piena libertà per quanto concerne la sistemazione dei loro interessi pecuniarii. L'intervento d'un pubblico ufficiale nell'atto che ristabilisce la comunione garantisce la libertà delle parti contraenti ed assicura nel tempo stesso l'irrevocabilità delle loro convenzioni. Un atto per scrittura privata può essere facilmente distrutto, di modo che dipenderebbe dai coniugi mantenere la comunione o ritornare alla separazione dei beni, il che è contrario al principio della immutabilità delle convenzioni matrimoniali (1). Gli è appunto per questo motivo che l'atto autentico deve redigersi in duplo.

356. La legge vuole che una copia dell'atto sia affissa nella forma dell'art. 1445 Questa condizione è prescritta nell'interesse dei terzi. Il ristabilimento della comunione rende al marito i poteri sui beni comuni e sui beni personali della moglie che aveva perduti colla separazione. Alla sua volta la moglie perde l'amministrazione e il godimento dei suoi beni. Essa cambia realmente di stato, perchè era libera dalla podestà maritale in quanto riguarda l'amministrazione dei suoi beni proprii, e ristabilendo la comunione ricade sotto questa podestà. I terzi hanno grande interesse a conoscere la nuova condizione dei due coniugi.

Quali sono le forme da osservarsi per la pubblicità della convenzione che ristabilisce la comunione? L'articolo 145 rimanda all'articolo 1445. Questa disposizione è stata completata dall'articolo 872 del codice di procedura. Donde la questione di sapere se si debbano osservare per il ristabilimento della comunione le formalità che l'art. 872 prescrive per la pubblicità della sentenza di separazione. La negativa è certa. Vi era, senza dubbio, la stessa ragione per estendere alla convenzione che ristabilisce la comunione le forme che la legge prescrive per rendere pubblica la separazione, ma il legislatore non l'ha fatto. È una dimenticanza, ma non spetta all'interprete colmare la lacuna, poichè creerebbe delle nullità, ossia farebbe la legge. La convenzione che ristabilisce la comunione può dunque essere opposta ai terzi, quantunque non sia stata resa pubblica nella

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 264, n. 103 *bis* II e III.

forma dell'art. 872, ma purchè siano state osservate le formalità dell'art. 1445 (1). Va da sè che la comunione non sarebbe ristabilita a riguardo dei terzi se la convenzione non fosse stata pubblicata conformemente all'art. 1445 (2). Si viene, in questo caso, ad un singolare risultato, che la comunione è ristabilita fra i coniugi, mentre a riguardo dei terzi essi restano separati di beni. È il solito effetto che produce la mancanza di pubblicità. La stessa conseguenza si verifica quando non ha luogo la pubblicità prescritta dalla nostra legge ipotecaria per le convenzioni matrimoniali. Le clausole che derogano alla comunione legale non hanno alcun effetto a riguardo dei terzi, mentre sono valide fra le parti. Vi è un'altra apparente anomalia che bisogna spiegare. Quando le formalità richieste per la pubblicità della sentenza di separazione non sono state osservate, il marito può prevalersene ed opporre la nullità della separazione. Perchè non può opporre la nullità della convenzione che ristabilisce la comunione quando le forme non sono state osservate? La ragione è semplicissima. Perchè egli è parte nella convenzione che ristabilisce la comunione. Ora, le parti non possono invocare l'inosservanza delle forme cui esse medesime hanno l'obbligo di uniformarsi, quando queste forme sono stabilite nell'interesse dei terzi (3).

357. L'art. 1451 prescrive un'altra condizione essenzialissima per la validità della convenzione che ristabilisce la comunione. Esso reca: « Ogni convenzione colla quale i coniugi ristabilissero la loro comunione sotto condizioni diverse da quelle che la regolavano anteriormente è nulla ». Bisogna dunque che la comunione sia ristabilita tal quale esisteva in virtù delle convenzioni matrimoniali dei coniugi, espresse o tacite. La legge suppone che i coniugi si siano maritati sotto il regime della comunione legale, poichè tratta della separazione dei beni nella prima parte del capitolo II, consacrata al regime della comunione. Perciò i coniugi dovranno ristabilire la comunione legale senza poterla modificare in checchessia. È questa una conseguenza dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali. La legge stabilisce una sola eccezione a questo principio, cioè che il regime adottato dai coniugi può essere sciolto dalla sentenza del giudice che pronuncia la separazione dei beni. Ma se i coniugi vogliono ristabilire il regime che avevano adottato, devono ristabilirlo integralmente. Se fosse loro permesso di modificarlo, le convenzioni matrimoniali verrebbero modificate per volontà delle parti contraenti, il che è vietato dall'art. 1395. Vi è anche un'altra

---

(1) La questione è però controversa. Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. V, p. 410, nota 82, § 516. Bisogna aggiungere, nel senso della nostra opinione, COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 265, n. 103 *bis* III.

(2) AUBRY e RAU, t. V, p. 410 e seg., nota 83, § 516 (4.° ediz.).

(3) Cfr. RODIÈRE e PONT, t. III, p. 682, n. 2230.

considerazione la quale doveva determinare il legislatore a mantenere strettamente la regola dell'irrevocabilità delle convenzioni matrimoniali, nel caso in cui due coniugi in comunione di beni siano separati giudizialmente, ed è che la moglie avrebbe potuto intendersi col marito per domandare una separazione simulata, allo scopo di mutare le loro convenzioni primitive. Bisognava impedire questa frode alla legge, ed è perciò che l'art. 1451 colpisce di nullità la convenzione che, ristabilendo la comunione, modificasse il regime adottato al momento del matrimonio. Ciò che la legge dice riguardo alla comunione legale s'applica alla comunione convenzionale, giacchè i due regimi non ne costituiscono realmente che uno solo, cui la legge dà il nome di *regime di comunione*. Lo stesso principio sarebbe applicabile anche al regime che esclude la comunione ed al regime della dote, sotto i quali pure la moglie può domandare la separazione dei beni. Poco importa che l'art. 1451 sia posto sotto la rubrica *Della comunione legale*. Esso non è che una conseguenza del principio dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali e questo principio domina tutti i regimi (1).

358. L'art. 1451 dichiara nulla ogni convenzione che ristabilisca la comunione sotto condizioni diverse da quelle che la regolavano anteriormente. Quale è la portata di questa nullità? È il ristabilimento stesso nella comunione che viene annullato, per modo che la separazione continua, ovvero la comunione è ristabilita tal quale esisteva in forza delle convenzioni matrimoniali, di guisa che solo la clausola derogativa si trova colpita di nullità? La questione è controversa. Noi crediamo che la risolva la legge. Il codice, infatti, annulla la *convenzione* colla quale i coniugi ristabiliscono la loro comunione sotto condizioni diverse, il che s'intende della convenzione stessa che ristabilisce la comunione e non della clausola derogatoria. Invano lo si nega (2). Di che cosa parla prima la legge? Essa esige il concorso di consenso dei due coniugi, e quindi una *convenzione*. Inoltre, essa vuole che questa *convenzione* sia fatta per atto autentico. Poi pronuncia la nullità della *convenzione* che ristabilisce la comunione sotto condizioni diverse. In altri termini, vien colpita di nullità la *convenzione* che la legge esige come condizione essenziale del ristabilimento della comunione. Questa interpretazione è anche in armonia coi principii generali di diritto. L'art. 1172 dichiara nulla la convenzione che dipende da una condizione contraria alla legge. Ora, i coniugi fanno dipendere il ristabilimento della comunione da una condizione che la legge proibisce, poichè non consentono a ristabilirla che con modificazioni, mentre la legge vieta ogni cambiamento. Si nega pure che la condizione sia illecita.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 235, n. 103 *bis* IV.
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 411, nota 85, § 516 e le autorità che citano.

A dir vero, non è tale nei termini, ma bisogna vedere che cosa vogliano le parti. Esse vogliono una comunione diversa da quella che avevano primitivamente stipulato, cioè una cosa illecita, e contrattano sotto questa condizione. Dal momento che ristabiliscono la comunione modificandola, bisogna vedere se non l'avrebbero ristabilita senza queste modificazioni. Se dunque la legge mantenesse il ristabilimento della comunione annullando le modificazioni che i coniugi vi hanno introdotte, cambierebbe la loro convenzione. Il legislatore non lo fa che nelle donazioni e nei testamenti in cui annulla le condizioni illecite. È un'eccezione che bisogna ben guardarsi dall'estendere perchè la legge non deve alterare le convenzioni dei privati, ma deve senzionarle se sono valide, ed annullarle se viziano una disposizione prescritta sotto pena di nullità. Le parti non hanno diritto di lagnarsene. Esse hanno fatto ciò che era loro vietato, e non hanno fatto ciò ch'era loro permesso. Il legislatore, pur annullandole, rispetta la loro volontà (1).

N. 2 — Effetto del ristabilimento della comunione.

359. Il ristabilimento della comunione è un cambiamento di regime. Per principio il nuovo regime non dovrebbe aver effetto che per l'avvenire. Tuttavia la legge decide che fra coniugi la comunione è ristabilita come se non fosse mai stata sciolta: « La comunione ristabilita riprende il suo effetto dal giorno del matrimonio. Le cose sono rimesse nello stesso stato come se non vi fosse stata separazione ». Perchè la legge fa retroagire la convenzione che ristabilisce la comunione? Ancora per impedire le separazioni simulate. Uno dei coniugi aspetta una successione mobiliare. Si vuole sottrarla all'azione dei creditori. La moglie domanda all'uopo la separazione dei beni e, per conseguenza, i mobili ereditari restano beni suoi proprii. Poi i coniugi convengono di ristabilire la loro comunione. Se il ristabilimento non avesse effetto che per l'avvenire, la successione resterebbe un bene proprio della moglie e i creditori della comunione non vi avrebbero alcun diritto. Si froderebbero le loro ragioni se, in realtà, come si suppone, non vi fosse una causa legittima di separazione. La legge non ha voluto favorire convenzioni che tendessero a violarla eludendola. Essa sanziona le convenzioni serie. Se vi sono motivi legittimi per ristabilire la comunione, essa ammette che sia ristabilita, ma in modo che i coniugi non si servano della legge per frodare i diritti dei terzi. La retroattività è anche in armonia col principio dell'irrevocabilità o dell'unità delle convenzioni matrimoniali. Il voto della legge è che

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 263, n. 103 *bis* VI. È pure l'avviso di Delvincourt, di Battur e di Troplong.

vi sia un solo regime. Se essa autorizza la separazione dei beni, lo fa per tutelare i diritti della moglie. Ora, i coniugi col ristabilire la comunione dopo che è stata giudizialmente sciolta provano che la dote e le riprese della moglie non sono in pericolo, e quindi la separazione dei beni non ha più ragion d'essere. Essa cade colle cause che provvisoriamente la giustificavano.

360. La comunione è ristabilita retroattivamente anche a riguardo dei terzi, nel senso che i creditori del marito avranno azione sui beni che durante la separazione sono stati devoluti ai coniugi, perchè si ritiene che questi beni abbiano sempre fatto parte della comunione.

Così pure i debiti contratti dal marito durante la separazione saranno debiti della comunione. La legge non fa che un'eccezione a questo principio. Essa mantiene gli atti compiuti dalla moglie durante la separazione, in conformità dell'articolo 1449. È un'applicazione dei principii che governano la validità degli atti. Ogni atto eseguito in virtù della legge e conformemente alle sue disposizioni è valido, e la legge gli deve la sua sanzione. Ora, la legge autorizza la moglie separata giudizialmente ad amministrare i suoi beni e ad alienare i suoi mobili. Gli atti fatti dalla moglie in virtù dell' art. 1449, validi nel loro principio, devono dunque essere mantenuti, malgrado la retroattività (1). Ne risulta un' apparente anomalia. Si ritiene che la moglie sia sempre stata in comunione di beni, poichè la comunione riprende il suo effetto dal giorno del matrimonio. Essa dunque è sempre stata sotto la podestà maritale e, logicamente, bisognerebbe conchiuderne che non ha potuto fare alcun atto senza l'autorizzazione del marito. Ma la retroattività non è che una finzione. Ora, le finzioni sono sempre in opposizione colla realtà delle cose. Non si può mai spingerle fino alle loro ultime conseguenze. Bisogna, al contrario, restringerle nei limiti legali, vale a dire non applicarle ad un ordine di cose pel quale non sono state stabilite. Nella specie, la finzione della retroattività non ha nulla di comune cogli atti che la moglie ha fatto mentre era separata di beni. Pertanto la retroattività non impedisce di mantenere questi atti.

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 528. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 266, numero 103 *bis* V.

Sezione VI. — Dell'accettazione e della rinuncia alla comunione.

§ I. — *Del diritto d'opzione.*

361. « Dopo lo scioglimento della comuuione, la moglie o i suoi eredi e aventi causa hanno la facoltà d'accettarla o di rinunciarvi » (art. 1453). Questa facoltà è contraria al diritto comune che regola le società. La moglie, rinunciando, si esonera di ogni contribuzione ai debiti sociali. Nelle società ordinarie non è permesso ad un socio di liberarsi dai debiti della società abbandonando la sua parte nei beneficii e i suoi contributi. La moglie accetterà se la comunione è buona, rinuncerà se è cattiva. Diritto esorbitante che permette ad un socio di mantenere o di rompere il contratto, a seconda del suo interesse (1).

Questa eccezione è un vero privilegio, perchè ne gode soltanto la moglie. Però si giustifica perfettamente. Se la moglie ha una condizione privilegiata quando la comunione si scioglie, per contrario essa è fuori del diritto comune finchè la comunione dura. Il marito è signore dei beni comuni. Egli ne dispone da assoluto padrone, e può dissipare la comunione o gravarla di debiti oltre il suo avere, senza che la moglie abbia diritto di opporvisi. Quale è dunque la posizione della moglie? Essa conferisce nella società la sua sostanza mobiliare, il godimento dei suoi immobili e il suo lavoro. Il solo diritto che abbia in compenso è una speranza. Essa dividerà i beneficii se ve ne sono, ma può perdere tutto ciò che ha conferito nel matrimonio se il marito ha tutto dissipato. Sarebbe del tutto iniquo che la moglie, rimasta estranea alla gestione che ha rovinato la comunione, fosse obbligata ad accettarne i disastrosi risultati. Il diritto d'opzione è dunque, come dice Duveyrier, di liberale giustizia, ma di rigorosa equità (2). Il marito che ha amministrato da solo deve pure rispondere da solo della sua gestione se questa conduce alla rovina della società. È la conseguenza naturale del potere di cui gode.

362. Non sono però questi motivi di giustizia che hanno fatto introdurre il diritto d'opzione. Si potrebbe credere che sia il caso delle crociate, se la mano di Dio non si rivelasse in queste sacre guerre. Intraprese per la conquista d'una tomba, esse iniziarono la rovina del cattolicismo che le aveva inspirate e, condotte dalla nobiltà feudale, abbatterono il feudalesimo e inaugurarono il regno dell'eguaglianza e della libertà.

---

(1) Mourlon, t. III, p. 88, n. 208. Troplong, t. II, p. 2, n. 1488.

(2) Berlier, *Esposizione dei motivi*, n. 20 (Locré, t. VI, p. 393). Duveyrier, *Relazione*, n. 36 (Locré, t. VI, p. 424).

Questa immensa rivoluzione ebbe il suo contraccolpo anche nelle relazioni private. I baroni, obbligati a indebitarsi per sostenere le spese dei viaggi d'oltre mare, lasciavano alle loro vedove delle comunioni oberate. Dovevano le spese delle guerre sante ricadere sulle mogli? Si permise loro di ripudiare oneri e spese a cui erano rimaste affatto estranee. In principio il diritto di rinunciare non formava il diritto comune. Stabilito nell'occasione delle crociate, era un privilegio per le vedove di coloro che si erano messi alla testa di queste pie avventure. L'antica consuetudine di Parigi stabiliva: « È lecito ad una nobil donna, di nobile lignaggio, e che nobilmente viva, di rinunziare, se crede, dopo la morte del marito, alla comunione ». Il relatore del Tribunato si sdegna di questo assurdo privilegio. Egli non riflette che il diritto d'opzione non era stato stabilito per ragioni di giustizia e d'equità. Le circostanze storiche che lo avevano fatto nascere dovevano limitarlo alle donne nobili. Ma Duveyrier ha ragione di dire che la giustizia procede sempre a fianco della luce e della ragione. Quello che era un privilegio della nobiltà nell'antica consuetudine di Parigi divenne il diritto comune nella nuova consuetudine (1).

363. Il diritto d'opzione che, a quanto pare, deve la sua origine ai casi d'una guerra altrettanto insensata quanto pietosa, finì col divenire un principio essenziale del regime della comunione. Esso è d'ordine pubblico. Per conseguenza l'art. 1403 dice che ogni convenzione contraria è nulla. Non è lecito alle parti contraenti di derogare alle leggi che concernono l'ordine pubblico (art. 6), nemmeno ai futuri sposi col loro contratto di matrimonio, il più favorito dei contratti. Finchè il marito godrà d'un potere assoluto come capo della comunione, la moglie dovrà avere il diritto di rinunciare ad una comunione all'amministrazione della quale essa non prende parte alcuna. Ora, questo potere del marito come capo è una derivazione della podestà maritale e, in questo senso, è d'ordine pubblico. E se la moglie ha il diritto di rinunciare, ciò avviene in forza della dipendenza in cui si trova sotto il regime di comunione, dipendenza che risulta dalla podestà alla quale è soggetta. Dunque anche il suo diritto d'opzione è d'ordine pubblico.

Però questo diritto, che ha sì grande importanza in teoria, è quasi inutile in pratica. La moglie ha un altro diritto che tutela pienamente i suoi interessi, anche quando accetti una comunione oberata, ed è il così detto *beneficio d'emolumento*, in forza del quale essa non è tenuta ai debiti che fino a concorrenza del beneficio che ritrae dalla comunione, purchè faccia inventario. Questo beneficio le permette d'accettare la comunione senza che corra alcun rischio. Essa non è tenuta oltre il

(1) TROPLONG, t. II, p. 2, nn. 1489 e 1490. POTHIER, *Della comunione*, n. 550. DUVEYRIER, *Relazione*, n. 36 (LOCRÉ, t. VI, p. 424).

beneficio che ne ritrae se non quando trascuri di fare inventario. In questo caso essa perde anche il suo diritto di rinunciare. Di regola dunque la moglie farà inventario se teme che la comunione sia cattiva, e allora essa godrà del suo beneficio d'emolumento.

Non se ne dovrebbe però conchiudere che la moglie non sia mai interessata a rinunciare. Se la comunione è evidentemente oberata, perchè s'incaricherebbe essa di liquidarla? Essa non ha il diritto, che spetta all'erede benefiziato, di abbandonare i beni ai creditori. Se dunque accettasse, sarebbe obbligata di liquidare. Rinunciando, si sbarazza d'un carico oneroso. Essa può avere maggior interesse a rinunciare, se nel suo contratto di matrimonio ha stipulato che in caso di rinuncia avrà il diritto di riprendere i suoi contributi. È una clausola di comunione convenzionale sulla quale ritorneremo. La moglie che rinuncia alla comunione perde di regola ogni diritto sui mobili che vi ha conferiti, ma può stipulare il diritto di riprenderli in caso di rinuncia (1).

364. La legge colpisce di nullità *ogni convenzione* contraria al diritto d'opzione. Come va intesa questa disposizione? È certo che la moglie non può rinunciare in modo generale al suo diritto d'opzione, ma si insegna che nulla impedisce alla moglie d'intervenire in una convenzione che un terzo faccia col marito e di consentire ad essere tenuta verso il creditore malgrado la sua eventuale rinuncia. Dubitiamo che ciò sia esatto. È una convenzione contraria all'effetto della rinuncia che la moglie ha il diritto di fare. Essa deroga dunque parzialmente al diritto d'opzione. Ora, la legge decide in termini assoluti che ogni convenzione contraria è nulla, e quindi è nulla tanto una deroga parziale quanto una deroga totale. Si obbietta che la convenzione che noi dichiaramo nulla non è per la moglie pericolosa più dell'impegno che contraesse insieme col marito. Essa può obbligarsi con lui, anche solidariamente. In questo caso sarà tenuta a riguardo del creditore malgrado la sua rinuncia (art. 1494). Perchè non potrà essa dichiarare nel contratto che sarà tenuta nel caso in cui rinunciasse? Vi ha una differenza. La moglie s'impegnerà più facilmente sotto condizione, vale a dire pel caso in cui rinunciasse, perchè spera impegnandosi, che non sarà nel caso di rinunciare, mentre il più delle volte indietreggerà quando debba prendere immediatamente un impegno personale che la espone ad essere espropriata. Dunque, in sostanza, la deroga parziale al diritto d'opzione compromette gl'interessi della moglie che la legge ha voluto proteggere (2).

365. Va da sè che il marito non può rinunciare alla co-

---

(1) Duranton, t. XIV, p. 572, n. 437. Rodière e Pont, t. II, p. 438, n. 1149.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 269, n. 105 *bis* II.

munione. È lui che amministra e che contrae i debiti di cui la comunione si trova gravata. È concepibile che possa sciogliersi dal vincolo delle obbligazioni che ha consentite ripudiando ciò ch' egli stesso ha fatto? Si comprende che rinunci la moglie, sebbene sia associata, ma non si capisce che rinunci il marito, signore e padrone, perchè la moglie è estranea ai debiti del marito, mentre il marito ne è debitore personale. Vi sono, è vero, dei debiti che provengono dalla moglie, i debiti anteriori al matrimonio, e che il marito dovrà sopportare se la moglie rinuncia. Si può rispondergli che chi sposa la donna sposa i suoi debiti. Il marito poteva mettersi al coperto da questo pericolo stipulando la separazione dei debiti. Bisogna aggiungere che d'ordinario il cattivo stato della comunione non deriva dai debiti anteriori alla comunione, ma dai debiti contratti durante la comunione, e quindi dal marito.

L'applicazione di questi principii solleva una difficoltà che è stata ripetutamente portata avanti la Corte di cassazione. Accade ben di sovente che il marito sia donatario universale o legatario universale della moglie. Questa ha il diritto di rinunciare, e lo trasmette ai suoi eredi. Non se ne deve conchiudere che il marito potrà rinunciare alla comunione quale erede della moglie? La Corte di cassazione ha respinto questa pretesa, che si solleva ordinariamente in materia fiscale. Il marito, donatario universale della moglie, rinuncia, in nome di questa, alla comunione che ha esistito fra loro. Poi dichiara, all'ufficio del registro, che in forza di questa rinuncia la successione da lui raccolta non si compone che di valori mobiliari, sui quali ha soddisfatto i diritti fissati per i trapassi, in caso di morte, di beni mobili fra coniugi. Il fisco sostiene che questa rinuncia è fraudolenta, ed ordina l'esecuzione per la ommessa dichiarazione della metà dei beni della comunione. Questa pretesa venne respinta in prima istanza. Il tribunale ammette che la rinuncia del marito alla comunione ebbe unicamente lo scopo di sfuggire alla tassa di trasferimento, poichè essa non produceva alcun effetto nell'ordine civile, raccogliendo il marito il beneficio della rinuncia che aveva fatta come erede della moglie. Ma, osserva il tribunale della Senna, la rinuncia è un diritto, e non si può dire che l'esercizio d'un diritto sia una frode. Interposto ricorso per cassazione, la decisione fu annullata in seguito a deliberazione in camera di consiglio. La Corte comincia col ricordare che la facoltà di rinunciare alla comunione è stata accordata alla moglie contro il marito, perchè è naturale che questi sopporti, da solo, tutti i debiti d'una comunione di cui è stato unico amministratore, per meglio dire signore e padrone. Può il marito invocare un diritto che è stato stabilito contro di lui? È impossibile, ai termini stessi della legge. Per godere del suo diritto di rinunciare, la moglie deve fare inventario in contraddittorio col marito. Il marito che pretende di esercitare i diritti della mo-

glie dovrebbe dunque fare un inventario in contraddittorio con sè stesso! Su questo punto la Corte di cassazione s'inganna. La moglie può rinunciare nel termine di tre mesi e quaranta giorni, senza fare inventario. Essa non è obbligata a fare inventario se non quando vuol conservare la facoltà di rinunciare dopo trascorso questo termine (art. 1456). Ora, nel caso concreto, il marito aveva rinunciato immediatamente. La rinuncia era dunque valida nella forma. Lo era anche nella sostanza? Non si trattava di una vera rinuncia. La moglie ha il diritto di rinunciare, per mettersi al coperto dai debiti di cui la comunione è onerata. Rinunciando, essa abbandona tutta la comunione al marito, il quale è tenuto a pagare i debiti. Può il marito, come erede della moglie, rinunciare, quando è lui, nella sua qualità di marito, che raccoglie il beneficio di questa rinuncia puramente nominale? La Corte doveva limitarsi a dire che la rinuncia del marito non era la rinuncia che il legislatore ha consacrato, che il solo scopo del marito era di sottrarsi alle tasse dovute pel trasferimento della proprietà. Non è questa la rinuncia del codice civile, essa è un atto fatto in frode dei diritti del fisco, e quindi nullo (1).

366. L'art. 1453 accorda il diritto d'opzione agli eredi della moglie. Questi hanno, in generale, tutti i diritti che la legge accorda alla moglie in comunione di beni. È un'applicazione del diritto comune. Gli eredi succedono in tutte le ragioni del loro autore, e quindi anche nel diritto d'accettare la comunione o di rinunciarvi. Si obbietta che il diritto d'opzione è un privilegio, e che i privilegi sono inerenti alla persona. Berlier risponde, nell'*Esposizione dei motivi*, che non si tratta d'un privilegio contrario al diritto ed accordato, a titolo di favore, alla moglie. « Nulla di più giusto, egli dice, che la facoltà di cui si tratta. La sua giustizia non è soltanto relativa, ma assoluta, e non spetta meno agli eredi della moglie che alla moglie stessa. Quali saranno, d'altronde, questi eredi? Il più delle volte saranno i figli nati dal matrimonio, meritevoli, sotto questo rapporto, di tutto il favore delle leggi » (2).

367. L'art. 1453 soggiunge che anche gli aventi causa della moglie hanno il diritto d'opzione. Chi sono questi aventi causa? Troplong non ha torto di dire che, se le leggi sono talvolta oscure, per voler essere troppo concise, lo diventano talvolta esprimendo più di quanto occorre. Non sarebbe forse per abitudine e per sistema che gli autori del codice hanno aggiunto le parole *aventi causa* alla parola eredi? È certo che vi sono aventi causa i quali non hanno il diritto d'opzione. La moglie vende i

(1) Cassazione, 9 marzo 1842 (DALLOZ, v. *Enregistrement*, n. 363). Rigetto, 26 novembre 1849 (DALLOZ, 1850, 1, 92). Nello stesso senso, AUBRY e RAU, t. V, p. 413, nota 7, § 517, e TROPLONG, t. II, p. 5, n. 1503.

(2) BERLIER, *Esposizione dei motivi*, n. 20 (LOCRÉ, t. VI, p. 393).

suoi diritti. Può il cessionario accettare la comunione o rinunciarvi? La negativa è evidente, perchè la moglie, cedendo i suoi diritti, accetta, giacchè dispone della sua quota nella comunione. La sua opzione essendo consumata, essa non trasmette più il diritto d'accettare o di rinunciare, ma cede i diritti che le appartengono in forza della sua accettazione.

Bisogna dunque lasciar da parte gli aventi causa a titolo particolare. Restano gli aventi causa universali. Essi si confondono cogli eredi quando sono successori universali come donatarii o legatarii. I creditori sono aventi causa universali, nel senso che possono esercitare tutti i diritti del loro debitore (art. 1166). Ma il principio dell'art. 1166 è applicabile al diritto d'opzione? Si può contestarlo. Rimandiamo a quanto fu detto al titolo delle *Obbligazioni*.

L'opinione generale è che i creditori della moglie possano accettare in suo nome e consumare così il suo diritto d'opzione, poichè, in conseguenza dell'accettazione, essa non avrà più la facoltà di rinunciare. Ciò conduce a conseguenze che è difficile ammettere. La moglie può accettare senza fare inventario. Essa sarà tenuta, in questo caso, *ultra vires*. Possono accettare anche i creditori della moglie senza fare inventario? E la moglie sarà tenuta *ultra vires*? Bisogna arrivare fino a questo se si riconosce ai creditori il diritto d'opzione. Ma la conseguenza è inammissibile, e attesta contro il principio. La legge che autorizza i creditori ad esercitare i diritti del loro debitore non permette certamente loro di obbligare il debitore. Nessuno può essere obbligato se non col suo consenso. Ora, accettare la comunione è obbligarsi a pagare la metà dei debiti. Ciò risolve la questione, ne sembra » (1).

Vi è un caso nel quale i creditori possono accettare in un certo senso. Lo dice l'art. 1464: « I creditori della moglie possono impugnare la rinuncia che fosse stata fatta da lei o dai suoi eredi in frode dei loro diritti ed accettare la comunione per loro conto ». Essi accettano per loro conto. La rinuncia della moglie sussiste. Essa non è dunque obbligata dall'accettazione che faranno i suoi creditori. È in virtù dell'art. 1167 che i creditori agiscono, piuttostochè in forza dell'art. 1166. Rimandiamo a ciò che si è detto al titolo delle *Successioni*, sull'art. 788, di cui l'art. 1464 non è che un'applicazione.

368. I creditori della moglie hanno diritto di rinunciare alla comunione? È difficile ammetterlo. L'articolo 1166 dà bensì ai creditori la facoltà d'esercitare i diritti del loro debitore, ma non permette loro di spogliare il debitore d'un diritto che gli appartiene. Ora, rinunciando in nome della moglie, i creditori le impedirebbero d'accettare.

Supponiamo che la moglie accetti senza fare inventario. Essa

---

(1) In senso contrario, AUBRY e RAU, t. V, p. 413, § 517.

sarà tenuta *ultra vires*. Possono i creditori impugnare la sua accettazione e, per conseguenza, rinunciare alla comunione in nome della moglie? La questione è controversa e dubbia. Ritorneremo sull'argomento.

La moglie non accetta nè rinuncia, s'astiene. Si ammette che, in questo caso, i creditori possano rinunciare. L'art. 1453, si dice, è troppo positivo perchè si possa negare loro questa facoltà. Bisogna conchiuderne che i creditori possano togliere alla moglie un diritto ch'essa deriva da una convenzione. Ciò non ne sembra ammissibile, perchè è contrario all'art. 1166, in forza del quale agiscono i creditori. Gli è lo stesso se la moglie muore senza essersi pronunciata (1). Torna da capo la nostra obbiezione, in quanto riguarda gli eredi, se anch'essi hanno il diritto d'opzione. Possono i creditori privarli d'una parte dei loro diritti esercitando l'altra? Ci pare impossibile. Non insistiamo su queste difficoltà perchè vengono discusse soltanto nella scuola e sono affatto sconosciute alla pratica.

§ II. — *Dell'accettazione.*

369. L'accettazione della comunione è un atto analogo all'accettazione dell'eredità. Quando la moglie accetta manifesta la volontà di stare in comunione di beni e si obbliga a riguardo dei creditori della comunione, nello stesso modo che il successibile manifesta, accettando, la volontà d'essere erede e si obbliga verso i creditori dell'eredità. Il fatto giuridico è identico. Vi ha questa sola differenza, che la moglie non è erede, ma socia del marito. Tuttavia può darsi che tutta la sostanza del marito sia entrata in comunione. Sebbene non erede, la moglie prenderà la metà de' suoi beni. Essa percepisce, in ogni caso, la metà della sostanza mobiliare del marito. Vi è dunque, in fatto come in diritto, una grande analogia fra la condizione della moglie in comunione di beni e quella dell'erede. Ecco perchè gli stessi principii reggono l'accettazione della comunione e l'accettazione d'una eredità. Siccome abbiamo trattato questa materia al titolo delle *Successioni*, così possiamo rimandare, su molti punti, a quanto già si è detto. Notiamo soltanto la differenza capitale che esiste fra la moglie in comunione di beni e l'erede. Questi può accettare puramente e semplicemente ovvero con beneficio d'inventario, mentre la legge non parla d'un'accettazione benefiziata al capitolo della *Comunione*. La moglie in comunione di beni gode, come tale, del beneficio d'emolumento, il quale, per i vantaggi che vi sono annessi, equivale al beneficio d'inventario. Ma per l'erede il beneficio

(1) Troplong, t. II, p. 4, nn. 1499-1502. Cfr. Rodière e Pont, t. II, p. 440, numero 1151.

d'inventario è un'eccezione e, dal punto di vista dei veri principii, è un'anomalia. Per diritto comune, l'erede rappresenta la persona del defunto ed è tenuto ai suoi debiti, come ogni debitore personale, indefinitamente. Non così della moglie in comunione di beni. Essa non rappresenta nessuno, essa è associata, tenuta come tale ai debiti e, a rigor di diritto, tenuta come se li avesse contratti personalmente, e quindi *ultra vires*. Ma la legge deroga al diritto comune. La moglie non è mai stata associata stando alla realtà delle cose. Estranea alla comunione, essa non è tenuta ai debiti se non perchè accetta la comunione e la metà dei beni. Essa non deve dunque essere obbligata che fino a concorrenza dei beni che raccoglie. Sarebbe del tutto iniquo ch'essa dovesse sopportare sui suoi beni debiti che il marito ha contratti senza di lei. È dunque in forza della sua dipendenza che la moglie non è tenuta che fino a concorrenza della sua parte nei beneficii della comunione. E siccome la sua dipendenza è inerente alla sua qualità di moglie in comunione di beni, si deve dire ch'essa gode di pien diritto del beneficio d'emolumento. Essa non è tenuta a fare dichiarazioni di sorta. Se la legge la obbliga a fare inventario, è per impedire che comprometta la garanzia dei creditori colla sua negligenza o la sua mala fede. Ne consegue che non vi sono due modi per la moglie d'accettare la comunione, sia puramente e semplicemente, sia con beneficio d'inventario. La sua accettazione è sempre pura e semplice, ma produce gli effetti di un'accettazione beneficiata, a condizione che la moglie faccia inventario e renda conto ai creditori di tutto ciò che ha ricevuto quale moglie in comunione di beni.

N. 1. — Delle condizioni richieste per l'accettazione.

370. Queste condizioni sono quelle che la legge e la dottrina esigono per l'accettazione d'una eredità. Ci limiteremo a qualche applicazione del principio. Pothier dice che se la moglie avesse assunto la qualità di *moglie in comunione di beni* in un atto compiuto durante la comunione, questo fatto non importerebbe accettazione. Il diritto della moglie non essendo esercibile che collo scioglimento della comunione, la moglie non ha potuto, prima dello scioglimento, accettare una comunione alla quale non aveva ancora alcun diritto acquisito (1). Bisogna aggiungere che per principio la moglie è realmente associata, e quindi in comunione di beni finchè questa dura. Essa può dunque assumere la qualità di moglie in comunione di beni senza che se ne possa indurre che intende accettare. Accettare significa esercitare il diritto d'opzione. Ora, la moglie non può esercitare questo

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 536.

diritto che quando è aperto, ed esso non s'apre che allo scioglimento, come dice l'art. 1453. A nostro avviso, gli è così anche quando la comunione è sciolta per la separazione dei beni, vale a dire che la moglie non può accettare o rinunciare che quando la separazione è pronunciata (n. 352).

371. I tribunali dimenticano talvolta i principii elementari che reggono l'accettazione quando si tratta della comunione. Una sentenza della Corte di Liegi suppone che la moglie può ancora accettare dopo aver rinunciato (1). Per principio, questo è impossibile, perchè rinunciare significa esercitare il diritto d'opzione. La moglie che rinuncia consuma il suo diritto, diviene estranea alla comunione, e come accetterebbe una comunione alla quale non ha più alcun diritto? L'art. 792 deroga a questo principio in materia di successione, ma basta leggere l'articolo per convincersi ch'esso non può applicarsi che all'accettazione d'una eredità. Dal momento che la moglie rinuncia, i beni della comunione diventano patrimonio del marito o dei suoi eredi. Per meglio dire, il marito ne è sempre stato proprietario esclusivo. Può esser lasciato all'arbitrio della moglie il togliere al marito i beni che fanno parte del suo patrimonio? La moglie non può dunque ritornare sulla sua rinuncia, perchè lederebbe i diritti del marito.

Per la stessa ragione la moglie che accetta la comunione non può più rinunciarvi. Anche accettando, la moglie ha consumato il suo diritto, e non può più ritornare sul fatto suo (2). La questione è di grande interesse per gli eredi del marito se la moglie ha accettato senza fare inventario. Ma quand'anche avesse fatto inventario, essa colla sua accettazione è divenuta definitivamente moglie in comunione di beni. Non dipende da lei rompere il contratto di società che ha formato maritandosi e che consolida accettando.

372. La moglie minore può accettare la comunione? Non si può nemmeno porre la questione in quanto riguarda il *diritto* d'accettare. Questo diritto è dell'essenza della comunione. Esso appartiene dunque ad ogni moglie, maritata sotto questo regime, e quindi anche alla moglie minore. L'art. 1446 lo suppone. Esso statuisce che la moglie *maggiore* non può farsi *restituire* contro la sua accettazione se non vi fu dolo da parte degli eredi del marito, il che implica che la moglie *minore* può farsi *restituire*, e quindi che può accettare (3). Infatti, la parola *restituire* è un'espressione tecnica la quale si usa unicamente pei minori. Se la moglie minore può farsi restituire, è in forza della sua minorità. Fa d'uopo dunque che vi sia qualche cosa di speciale alla moglie minore. Essa è emancipata col matrimonio, ma rimane incapace,

(1) Liegi, 27 gennaio 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 324).
(2) Bruxelles, 10 marzo 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 243).
(3) Rodière e Pont, t. II, p. 313, n. 1037.

salvo per gli atti di semplice amministrazione (art. 484). Ma l'accettazione della comunione non è un atto di pura amministrazione. Essa può essere rovinosa per la moglie se non fa inventario. E quand'anche facesse inventario, avrebbe ancora interesse a non accettare, se la comunione fossa passiva, o se avesse stipulato la ripresa dei suoi contributi in caso di rinuncia. Ne consegue che la moglie minore è incapace d'accettare, quantunque ne abbia il diritto. Ciò significa che la sua incapacità deve essere sanata. Ma come si sana? Su questo punto la legge è muta. Bisogna dunque applicare, per analogia, all'accettazione della comunione, ciò che l'art. 776 dice dell'accettazione d'una eredià. Essa non può farsi che coll'autorizzazione del consiglio di famiglia. È una conseguenza dell'art. 484, il quale assimila il minore emancipato al minore non emancipato per tutti gli atti che eccedono la pura amministrazione (1). L'assistenza del suo curatore non basterebbe, come è stato scritto (2). In teoria, la legge avrebbe potuto accontentarsi di questa assistenza, poichè l'accettazione della comunione non ha le gravi conseguenze che trae seco l'accettazione d'una successione, anche quando si faccia con beneficio d'inventario. Ma non contenendo la legge alcuna disposizione speciale a questo riguardo, si resta forzatamente sotto l'impero dell'art. 484 combinato cogli articoli 461 e 776.

373. La moglie può accettare sotto condizione, a termine o in parte? Poniamo la questione perchè la fanno eccellenti scrittori (3). Ma, in realtà, per qual motivo? Si è forse mai visto un'accettazione parziale, condizionale o a termine? Lasciamo da parte siffatta scolastica. Non mancano le questioni serie desunte dalla vita reale. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Successioni*.

N. 2. — Quando deve o può farsi l'accettazione?

374. Bisogna distinguere i diversi casi che danno luogo allo scioglimento della comunione. D'ordinario essa si scioglie colla morte. La legge non fissa, in questo caso, alcun termine entro il quale la comunione debba essere accettata. La moglie resta dunque sotto l'impero del diritto comune, secondo il quale ogni diritto può e deve essere esercitato entro il termine di trent'anni (art. 2262). Lo dice Pothier: « Finchè la moglie o i suoi eredi non sono citati per fare la scelta loro spettante d'accettare la comunione o di rinunciarvi, sono sempre in tempo di farla. Il marito superstite, il quale è rimasto da solo in possesso dei

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 416, nota 20, § 517 (4.ª ediz.).
(2) Mourlon, t. III, p. 89, n. 210.
(3) Aubry e Rau, t. V, p. 416, nota 17, § 517. Rodière e Pont, t. II, p. 330 n. 1061.

beni della comunione, non può opporre agli eredi della moglie, agli effetti della divisione, che la prescrizione di trent'anni, la quale anzi non corre contro i minori » (1). Perchè Pothier dice: « Finchè la moglie o i suoi eredi non sono citati? » Il marito o i suoi eredi hanno diritto di domandare la divisione della comunione, e quando la domandano, la moglie deve naturalmente pronunciarsi e dire se accetta o se rinuncia. Nessuno è obbligato a rimanere nell'indivisione (art. 815). Avendo i comproprietarii della moglie il diritto d'agire, questa non può opporre loro che ha trent'anni per pronunciarsi. Anche i creditori hanno il diritto di citare la moglie. E, dietro questa citazione, la moglie deve decidersi, accettare o rinunciare, a meno che non si trovi ancora nel termine che la legge le accorda per fare inventario e deliberare.

375. La vedova ha un termine di tre mesi per fare inventario e di quaranta giorni per deliberare sull'accettazione o la rinuncia, termine che il tribunale può prorogare a seconda delle circostanze (art. 1457 e 1458). Stando al testo della legge, si potrebbe credere che la moglie *deve* rinunciare nei tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del marito. È una cattiva redazione, che la legge stessa corregge aggiungendo, nell'art. 1459, che « la vedova la quale non ha fatto la sua rinuncia entro questo termine non è decaduta dalla facoltà di rinunciare, se non si è immischiata nella comunione e ha fatto inventario. Essa può solamente essere citata come moglie in comunione di beni fino a che non abbia rinunciato, e deve le spese fatte contro di lei fino alla sua rinuncia ». Si vede a quale scopo la legge prescrive il termine di tre mesi e quaranta giorni. La moglie non è tenuta ad accettare e a rinunciare entro questo termine, ma, finchè non sia trascorso, essa può respingere l'azione dei creditori con un'eccezione dilatoria. La legge non lo dice al capitolo della *Comunione*. Bisogna completare la disposizione che abbiamo trascritto coll'art. 797 al titolo delle *Successioni*, la situazione ed i principii essendo identici. Se la moglie rinuncia allo spirare del termine legale o prorogato, le spese che i creditori avranno fatte non stanno a suo carico. Quando il termine è spirato, la moglie non ha più alcuna eccezione, essa deve decidersi, e allora, se rinuncia, deve sostenere la spesa incontrata dai creditori pei loro atti.

376. La legge dice che la moglie che ha fatto inventario conserva il diritto di rinunciare. Essa conserva dunque il diritto d'opzione (articoli 1456 e 1459), ma non è detto per quanto tempo. L'art. 2262 lo dice per l'esercizio di ogni diritto. Ogni azione si prescrive col decorso di trent'anni. Bisogna dunque applicare alla vedova ciò che l'art. 789 dice del successibile:

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 534. AUBRY e RAU, t. V, p. 427, nota 17, § 516, e tutti gli scrittori.

« La facoltà d'accettare o di ripudiare la comunione si prescrive col decorso del tempo richiesto per la più lunga prescrizione dei diritti immobiliari ». Sono note le interminabili controversie alle quali questa disposizione ha dato luogo. Rimandiamo a ciò che si è detto al titolo delle *Successioni*. La moglie resta trent'anni senza pronunciarsi? Sarà accettante o rinunciante? Rispondiamo, come abbiamo fatto pei successibili, ch'essa è divenuta estranea alla comunione. Essa non ha più alcun diritto da esercitare. È stato giudicato che, quando la vedova o i suoi eredi sono rimasti trent'anni senza pronunciarsi, si ritiene che abbiano accettato la comunione (1). I termini della sentenza implicano una presunzione. Ora, non vi ha presunzione senza un testo formale che la stabilisca. Ov'è la legge la quale presume che la moglie accetti dopo trent'anni? La Corte di Parigi cita l'art. 789, ma gli fa dire ciò che non dice. L'art. 789 non stabilisce alcuna presunzione. Esso non dichiara presumersi che il successibile accetti quando non ha rinunciato nel termine di trent'anni. La legge applica al diritto ereditario il principio generale della prescrizione. Così pure il diritto della moglie in comunione di beni si prescrive col decorso di trent'anni, il che è quanto dire che, spirato questo termine, essa non ha più alcun diritto.

377. Se la comunione è sciolta col divorzio o la separazione personale, la moglie deve accettare nel termine di tre mesi e quaranta giorni, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunciato (art. 1463). Ritorneremo su questa disposizione che, secondo l'opinione generale, si applica alla separazione dei beni.

N. 3. — Come si fa l'accettazione?

I. — Dell'accettazione espressa o tacita.

378. L'accettazione della comunione, come quella dell'eredità, è espressa o tacita. È espressa quando la moglie assume, in un atto, la qualità di moglie in comunione di beni (art. 1455). Bisogna aggiungere, come fa l'art. 776 pel successibile, che l'atto può essere autentico o privato. Essendo il principio identico tanto pel successibile quanto per la moglie in comunione di beni, rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Successioni*. A termini dell'art. 1454, l'accettazione è tacita quando la moglie si è *immischiata* nei beni della comunione. La legge aggiunge che gli atti puramente amministrativi o conservativi non importano immistione. La legge stabilisce gli stessi principi che governano l'accettazione tacita di un'eredità. Vi ha però una

(1) Parigi, 11 agosto 1825 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2171). Cfr. TROPLONG t. II, p. 5, n. 1508.

piccola differenza che distingue la condizione della moglie. Dobbiamo soffermarvici alquanto.

Pothier definisce l'accettazione tacita come fa il codice in materia di successione. La moglie, accettando la comunione, manifesta la volontà di essere moglie in comunione di beni. Questa volontà può esprimersi con fatti. Come deve essere caratterizzato il fatto perchè se ne possa indurre la volontà d'accettare? Bisogna, dice Pothier, che il fatto sia tale da supporre *necessariamente* che la moglie ha la volontà di stare nella comunione, e che non si possa scorgere ragione alcuna per la quale avrebbe fatto ciò che ha fatto se non avesse voluto stare nella comunione (1). Il codice chiama questo fatto un atto d'*immistione*. L'espressione è romana (2), e per sè stessa molto vaga. Intervenire nell'amministrazione provvisoria della comunione, fare atti di conservazione è, secondo il linguaggio ordinario, *immischiarsi* nei beni della comunione, ma non è immischiarsi nel senso tecnico della parola, perchè la legge ha cura di spiegare che gli atti puramente amministrativi o conservativi non importano immistione. Sono queste pure le espressioni dell'articolo 776. Per determinare quali atti implicano l'accettazione e quali no, bisogna dunque distinguere. Gli atti conservativi non sono atti d'immistione, e così pure gli atti puramente amministrativi, il che suppone che gli atti di disposizione importano accettazione. Qui vi e una piccola differenza tra la moglie in comunione di beni e il successibile. Questi è raramente in possesso dei beni. Quando dunque dispone d'una cosa dell'eredità, fa generalmente un atto d'erede. La moglie, al contrario, quando è vedova, è in possesso. Essa deve, finchè non si decide, conservare e amministrare i beni comuni. Ora, accade ben di sovente che un atto di disposizione sia, in realtà, una misura di conservazione. Pothier lo avverte: « Badate, egli dice, che la vedova è, di diritto, preposta alla custodia ed alla conservazione degli effetti della comunione prima che si sia determinata sulla scelta che ha di accettarla o di rinunziarvi. È perchè tutto ciò che essa fa per la conservazione dei beni della comunione non deve passare quale atto di moglie in comunione, come quando ha venduto effetti deperibili, che è stata obbligata di vendere per evitarne la perdita ». Vendere è un atto di disposizione, ma, nella specie, la vendita ha per oggetto di conservare. Per la stessa ragione, continua Pothier, quando la vedova di un commerciante al dettaglio o di un artigiano ha continuato, dopo la morte del marito e prima che abbia fatto la scelta, a tenere aperta la bottega e a smerciarvi le mercanzie, non si ritiene già che s'immischi, quantunque venda effetti della comunione,

(1) POTHIER, *De la communauté*, n. 537.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 270, n 108 *bis*.

perchè essa lo fa per non sviare i clienti e per la conservazione del fondo di commercio che dipende dalla comunione (1).

379. Si possono vedere negli scrittori gli esempi che di solito si danno per distinguere gli atti d'immistione dagli atti di conservazione e d'amministrazione (2). Toglieremo qualche applicazione alla giurisprudenza.

Una moglie separata di beni domanda e ottiene la consegna della sua biancheria e del suo vestiario, oltre al suo letto guarnito, un armadio, una guardaroba, uno specchio ed alcune sedie. Due anni dopo rinuncia. Essa non aveva diritto ai miseri mobili che riprendeva, all'infuori delle vesti e della biancheria. A rigor di diritto, doveva essere considerata come accettante, poichè riceveva beni facenti parte dell'attivo. Essa non vi aveva diritto come rinunciante, e quindi potevasi sostenere avesse accettato. Ma l'accettazione è innanzi tutto una questione di volontà. Ora, nella specie, la moglie non intendeva punto d'accettare. Se reclamava gli oggetti che abbiamo enumerati, è perchè li aveva portati al momento del matrimonio, e, nella sua ignoranza delle leggi, credeva di aver diritto a reclamarli. Non vi era dunque immistione. Tutto ciò che si poteva dire è che la moglie doveva restituire gli oggetti mobili che aveva prelevati o pagarne il valore prenotandolo sulle sue riprese. È in questo senso che la Corte di Rouen decise la contestazione (3).

Generalmente il fatto di prendere o di ricevere ciò che fa parte della comunione è un atto d'immistione. Dopo la morte del marito la vedova riceve le pigioni d'una casa appartenente alla comunione, riscuote le annualità d'una rendita, riceve ciò che era dovuto al marito per le funzioni da lui esercitate nel governo provinciale. È stato giudicato che la vedova si era immischiata nei beni della comunione, poichè se li era appropriati. Facendo atto da proprietaria, essa doveva considerarsi come tale e, per conseguenza, accettava tacitamente la comunione, poichè solo questa accettazione le dava il diritto d'agire a titolo di proprietaria. Si obbiettava che trattavasi di atti d'amministrazione e di conservazione. La Corte risponde che non vi era nessun pericolo nel ritardare questi incassi. Se la moglie voleva rinunciare, doveva astenersi e lasciar agire gli eredi del marito (4).

380. Quando la moglie separata di corpo ha conchiuso nella citazione introduttiva del giudizio, per la liquidazione della co-

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 541.

(2) POTHIER, *Della comunione*, nn. 538-545. DURANTON, t. XIV, p. 572, n. 439. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 320, nn. 1048-1051. TROPLONG, t. II, nn. 1511-1519, 1523 a 1526.

(3) Rouen, 10 luglio 1836 (DALLOZ, *Contrat de mariage*, n. 2250).

(4) Bruxelles, 10 marzo 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 243). Cfr. Bruxelles, 20 maggio 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 155, e DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2106).

munione, ed ha inoltre reiterato le sue conclusioni nel corso della causa di separazione, quando infine, dopo la sentenza, ha fatto istanza al giudice delegato d'essere rinviata avanti al notaio per procedere alla liquidazione, essa ha manifestato chiaramente la volontà di accettare la comunione. Secondo la nostra opinione (n. 352), si sarebbero dovuti eliminare i fatti anteriori alla sentenza, poichè la moglie non può manifestare la volontà d'accettare una comunione che non è sciolta, ma bastava il fatto posteriore alla sentenza. Domandare la liquidazione della comunione risolta significa certamente esprimere la volontà di accettarla.

Quando la comunione è sciolta per la separazione personale o pel divorzio, vi è una difficoltà speciale, per meglio dire, un'obbiezione senza fondamento. L'art. 1463 dispone reputarsi che la moglie rinunci se non ha accettato nel termine di tre mesi e quaranta giorni. Si è preteso che questa accettazione dovesse essere espressa. La legge non lo esige, nè vi era alcuna ragione di farlo. Si accetta anche tacitamente, e quando la moglie separata o divorziata ha legalmente manifestato la sua volontà d'accettare, non si può più opporle una presunzione di rinuncia, presunzione che, a vero dire, non è una presunzione, come spiegheremo più avanti. La legge si fonda sul silenzio della moglie per indurne la sua accettazione. Ora, non si può dire che la moglie serba il silenzio quando accetta tacitamente, perchè anche i fatti parlano (1). La giurisprudenza è in questo senso (2).

381. È sovente difficile decidere se un fatto importi o meno immistione. Si domanda se il giudice può autorizzare la moglie a fare ciò ch'essa crede necessario per la conservazione dei beni o per la loro amministrazione. Pothier dà alla moglie il consiglio di domandare l'autorizzazione per evitare le controversie. Egli soggiunge che la moglie agirà prudentemente protestando di voler compiere l'atto soltanto per la conservazione dei beni della comunione e senza pregiudizio dei suoi diritti. Gli scrittori moderni seguono questa opinione, almeno quanto all'autorizzazione del giudice (3). A nostro avviso, la protesta sarebbe inefficace ed il ricorso al giudice inutile. Senza dubbio, accettare è un atto di volontà. Ma quando la moglie fa un atto, come l'alienazione di un bene comune, il quale suppone necessariamente la volontà d'accettare, avrà un bel protestare, le si risponderà che le sue parole sono in disaccordo coi suoi atti e che, pertanto, la sua protesta è inefficace. Quanto al giudice, egli non ha diritto d'intervenire negli affari dei privati finchè

---

(1) Vedi gli scrittori citati da AUBRY e RAU, t. V, p. 415 e nota 14, § 517.

(2) Parigi, 2 maggio 1850 (DALLOZ, 1850, 2, 186). Cfr. Rigetto, 10 novembre 1845 (DALLOZ, 1845, 1, 428), e 14 marzo 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 62).

(3) POTHIER. *Della comunione*, n. 541. DURANTON, t. XIV, p. 574, n. 441. AUBRY e RAU, t. V, p. 414 e nota 11, § 517. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 320, n. 1047. TROPLONG, t. II, p. 8, n. 1520.

non vi sia una contestazione da risolvere. Solo eccezionalmente la legge gli conferisce attribuzioni che spettano alla giurisdizione volontaria. Fuori di queste eccezioni, i tribunali sono incompetenti ad accordare un'autorizzazione qualsivoglia. Rimandiamo a ciò che si è detto al titolo delle *Successioni*.

II. — Distrazione degli effetti della comunione.

382. L'art. 1460 dispone: « La vedova che ha distratto o nascosto qualche effetto della comunione è ritenuta accettante, non ostante la sua rinuncia. Accade lo stesso a riguardo dei suoi eredi ». L'art. 1477 contiene un'altra disposizione su questo punto: « Il coniuge che avesse distratto o nascosto effetti della comunione è privato della sua quota negli effetti medesimi ». Abbiamo incontrato disposizioni analoghe al titolo delle *Successioni*. A termini dell'art. 792, gli eredi che avessero distratto o nascosto effetti d'una successione sono decaduti dalla facoltà di rinunciarvi. Essi restano eredi puri e semplici, nonostante la loro rinuncia, senza poter pretendere alcuna parte negli oggetti distratti o nascosti.

Vi ha una differenza fra la distrazione degli effetti d'una successione e quella degli effetti della comunione. Ogni erede è chiamato ad accettare o a rinunciare, e quindi ogni erede che distrae un effetto dell'eredità incorre nella duplice decadenza pronunciata dalla legge. È decaduto dalla facoltà di rinunciare e perde ogni diritto sugli effetti che ha distratti o nascosti. In caso di comunione, la sola moglie ha diritto d'accettare o di rinunciare. Essa pure è colpita dalla duplice decadenza pronunciata dalla legge. Quanto al marito, è necessariamente accettante. Egli non può dunque incorrere nella decadenza della facoltà di rinunciare, facoltà che non gli appartiene. Se distrae un effetto della comunione, è colpito soltanto dalla pena dell'articolo 1477. Questa penalità è comune ai due coniugi. Intorno all'applicazione dell'art. 1477 si presentano le numerosissime contestazioni di cui sono piene le raccolte di giurisprudenza. Differiamo, per questo motivo, al capitolo della *Divisione* quanto abbiamo a dire della distrazione e dell'occultamento, limitandoci, per ora, ai principii che concernono particolarmente la moglie.

383. Che cosa è la distrazione e l'occultamento? Facciamo rimando al titolo delle *Successioni* (vol. IX, n. 335) ed a quanto diremo più innanzi spiegando l'art. 1477. Il carattere essenziale che costituisce la distrazione è l'intenzione fraudolenta. La moglie che distrae o nasconde un effetto della comunione vuole appropriarselo in danno degli eredi del marito. È questo un delitto criminale, ma importa notare che il codice civile non considera la distrazione come un furto. Non è dunque necessario che questo fatto presenti i caratteri di un delitto penale, ma basta che vi

sia un delitto civile, vale a dire dolo e frode. La conseguenza del delitto è che la moglie viene *dichiarata in comunione* nonostante la sua rinuncia. La moglie non può essere in comunione che in forza d'un'accettazione. Dovrà dirsi per questo che il fatto della distrazione equivale ad un'accettazione tacita? Il testo del codice prova il contrario. Esso suppone che la moglie, dopo aver distratto, rinunci. Dunque, distraendo, essa non aveva la volontà d'accettare. La distrazione non è dunque un'accettazione. Come conciliare la disposizione dell'art. 1460 colla realtà delle cose? La moglie non ha avuto la volontà d'accettare, e pure si trova in comunione. Non vi ha che un modo di spiegare il diritto quando è in opposizione col fatto ed è di considerare il diritto come una finzione. Per vero, il legislatore fu obbligato a ricorrere ad una finzione, altrimenti avrebbe dovuto trattare la moglie come colpevole di un delitto criminale. Le intime relazioni che esistono o esistevano fra i coniugi imponevano l'indulgenza e la riserva. Si finge dunque che la moglie abbia disposto degli effetti della comunione come se l'avesse accettata. Ma, nel tempo stesso, la legge la punisce d'una duplice decadenza. È dunque un'accettazione imposta a titolo di pena. Il relatore del Tribunato ha spiegato la legge in questo senso: « Il coniuge che distrae o nasconde effetti della comunione è colpevole. Ma la decadenza pubblica, il ricordo dell'augusto vincolo che è venuto ad infrangersi, o la dignità del matrimonio, che talvolta sussiste ancora, non permettono di portare qui nè l'idea, nè il nome, nè la persecuzione di un delitto » (1).

384. La finzione dell'accettazione risultante da una distrazione dà luogo ad una difficoltà quando la moglie è minorenne. Si applica ad essa la decadenza dell'art. 1460? Vi ha controversia. Rimandiamo a ciò che dicemmo al titolo delle *Successioni* (vol. IX, n. 338). La questione è identica. Le parole di Duveyrier che abbiamo trascritto provano che vi ha delitto, ma il legislatore non vuole qualificarlo così, pur infliggendo una pena al coniuge colpevole. Ciò decide la questione. L'accettazione è una finzione. In realtà vi è delitto, almeno civile. Ora, i minori non possono essere restituiti contro le obbligazioni risultanti dai loro delitti o dai loro quasi-delitti (2).

385. La legge suppone che la moglie rinunci dopo aver distratto. Essa dichiara la moglie in comunione di beni nonostante la sua rinuncia. Vuolsi dire con ciò che gli eredi del marito sono obbligati di considerare la moglie come accettante, ovvero possono domandare che la rinuncia della moglie sia mantenuta?

---

(1) DUVEYRIER, *Relazione*, n. 41 (LOCRÉ, t. VI, p. 426). Cfr. il vol. IX dei miei *Principii*, p. 391, n. 334, e DURANTON, t. XIV, p. 575, n. 442. TROPLONG, t. II, p. 19, n. 1560.

(2) Vedi, in senso diverso, gli scrittori citati da AUBRY e RAU, t. V, p. 422, nota 37, § 517, e da DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2205.

Si insegna che gli eredi del marito hanno la scelta di considerare la moglie sia come accettante sia come rinunciante (1). Questo ci pare dubbio. La legge stabilisce una finzione nell'interesse della decenza pubblica. Essa preferisce vedere nella moglie colpevole un coniuge in comunione di beni anzichè un ladro. Se gli eredi del marito avessero il diritto di mantenere la rinuncia della moglie, che ne risulterebbe? La moglie rinunciante è reputata come se non sia mai stata in comunione. Essa si sarebbe dunque appropriata, senza nemmeno l'apparenza di un pretesto, effetti appartenenti al marito o ai suoi eredi. Essa dovrebbe restituirli, sarebbe punita come colpevole di un delitto, e sarebbe passibile anche di un processo criminale. È questo processo, è questo scandalo che la legge ha voluto evitare. Non mancano obbiezioni, e gravi. Se gli eredi del marito si decidono a trattare la moglie come rinunciante, ciò avviene perchè la comunione, che la moglie credeva cattiva, giacchè vi ha rinunciato, si trova vantaggiosa. La legge voleva punire la moglie dichiarandola accettante e obbligandola, per conseguenza, a sopportare *ultra vires* la metà dei debiti che sta a suo carico, ed ecco che la moglie colpevole viene a dirle: Io sono moglie in comunione di beni e prendo la mia parte nella comunione che ho voluto spogliare. Questo risultato è certamente contrario alle previsioni del legislatore. Invece di dichiarare la moglie accettante, avrebbe dovuto dare la scelta agli eredi del marito; ma non l'ha fatto. Il testo e lo spirito della legge si oppongono, ci pare, a che sia eliminata la finzione dell'art. 1460.

L'art. 1460 è applicabile quando la moglie ha distratto effetti della comunione prima della morte del marito? Bisogna applicare, per analogia, alla vedova ciò che abbiamo detto al titolo delle *Successioni*, dell'erede che ha distratto prima dell'apertura dell'eredità (v. IX, n. 339).

386. Se la moglie distrae dopo aver rinunciato, la finzione diviene impossibile, perchè, colla sua rinuncia, essa è divenuta estranea alla comunione. Essa non distrae, ma spoglia gli eredi del marito degli effetti che sottrae. Si rientra nel diritto comune. Gli eredi del marito avranno contro la moglie l'azione nascente dal delitto criminale o dal delitto civile di cui essa si è resa colpevole (2).

387. L'art. 1460 suppone che colpevole della distrazione sia la vedova. Quando la comunione è sciolta col divorzio, o la separazione di corpo o di beni, la moglie non è in possesso dell'eredità, perchè la possiede il marito. Egli può vegliare ai suoi interessi e impedire ogni sottrazione. Tuttavia può accadere che la moglie di-

---

(1) Bellot des Miniéres, t. II, p. 287 e seg., e tutti gli scrittori.

(2) Vedi il vol. IX dei miei *Principii*, n. 399. Cfr. Duranton, t. XIV, p. 575, n. 443, e tutti gli scrittori, salvo Troplong (Aubry e Rau, t. V, p. 421, nota 36, § 517).

stragga, poi rinunci, ovvero sia reputata rinunciante solo pel suo silenzio nel termine di tre mesi e quaranta giorni. Le si applicherà la disposizione dell'art. 1460? Vi hanno motivi che sembrano opporvisi. La disposizione ha carattere di penalitá, e le pene non si estendono. Si può rispondere che la pena è piuttosto un atto d'indulgenza, poichè impedisce di processare la moglie per delitto. È dunque, in realtà, una disposizione di favore, la quale deve approfittare anche alla moglie divorziata, separata di corpo o di beni, perchè vi ha la stessa ragione di decidere. Si muove una seconda obbiezione. La moglie che ha distratto si suppone accettante per una finzione della legge. Si estendono forse le finzioni? No, ma, nella specie, bisogna vedere a profitto di chi la finzione è stabilita. Non è la *vedova* che la legge ha inteso coprire colla sua protezione. La vedova è senza scusa quando, il giorno stesso della morte del marito, non pensa che a spogliare la comunione. La legge vuole mettere al coperto da ogni procedimento la moglie che è stata maritata o che lo è ancora, come dice Duveyrier. Dunque la finzione è generale. Se l'art. 1460 parla della vedova, ciò accade perchè negli articoli che precedono si tratta dello scioglimento della comunione per la morte. Ma l'art. 1447, che fa seguito all'art. 1460, non stabilisce alcuna distinzione. Esso punisce ogni coniuge che distrae, e quindi si deve intendere nello stesso senso anche l'art. 1460. Vi ha una sentenza in senso contrario che Troplong approva (1).

III. — Quando può essere impugnata l'accettazione?

388. Abbiamo già detto che, per principio, l'accettazione è irrevocabile. L'art. 1455 lo dice formalmente quanto all'accettazione espressa: « La moglie maggiorenne che ha assunto in un atto la qualità di moglie in comunione di beni non può più rinunciarvi, nè farsi restituire contro questa qualità, quand'anche l'avesse assunta prima d'aver fatto inventario, se non vi fu dolo da parte degli eredi del marito ». Ciò che la legge dice dell'accettazione espressa è vero anche dell'accettazione tacita. Così dispone l'art. 1454: « La moglie che s'è immischiata nei beni della comunione non può rinunciarvi ». L'articolo non aggiunge che la moglie non può farsi restituire contro la sua accettazione, ma questo s'intende poichè non vi ha alcuna ragione per cui essa possa ritornare sull'opposizione che ha consumato accettando (2).

---

(1) Tolosa, 23 agosto 1827 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 781). TROPLONG, t. II, p. 23, n. 1568.

(2) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 323, n. 1054. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 271, n. 209 *bis* II, che si esprime inesattamente dicendo che la legge non dichiara irrevocabile l'accettazione espressa.

389. Questa regola subisce eccezioni? Dicendo che la moglie *maggiorenne* non può farsi restituire contro la sua accettazione, l'art. 1445 suppone che la moglie minorenne abbia tale diritto. Ciò è incontestabile se si ammette, ed è l'opinione generale, che la moglie minorenne è incapace d'accettare se non nelle forme prescritte dalla legge. Se dunque essa ha accettato senza autorizzazione del consiglio di famiglia, potrà domandare la nullità della sua accettazione. Diciamo che può domandare la *nullità*. Infatti, sono prescritte delle forme. Bisogna dunque applicare il principio dell'art. 484. La moglie minorenne emancipata è assimilata al minore non emancipato e, per conseguenza, può domandare la nullità dell'accettazione che ha fatto della comunione per inosservanza delle forme legali, senza che debba provare di essere lesa. L'atto è nullo nella forma, a termini dell'art. 1311, e non va soggetto a restituzione. Rimandiamo a ciò che si è detto al titolo delle *Obbligazioni* (1).

390. « La moglie maggiorenne che ha assunto in un atto la qualità di moglie in comunione di beni non può farsi restituire contro questa qualità se non vi fu dolo da parte degli eredi del marito » (art. 1455). È questa una disposizione analoga a quella dell'art. 783. Rimandiamo al titolo delle *Successioni* per quanto concerne il principio. Vi sono delle differenze di redazione fra le due disposizioni. L'art. 783 parla dell'accettazione espressa o tacita, mentre l'art. 1455 accenna unicamente all'accettazione espressa. Dovrà dirsi per questo che l'accettazione tacita della comunione non possa essere impugnata per causa di dolo? No, certamente. Il dolo vizia il consenso, e l'accettazione, sia essa tacita o espressa, implica il consenso della moglie. Se l'art. 1455 non parla dell'accettazione tacita, è per una semplice negligenza di redazione.

Vi ha un'altra differenza fra i due testi. L'art. 783 annulla l'accettazione d'una eredità nel caso in cui fosse stata la conseguenza d'un dolo praticato verso l'erede. La legge non dice da chi dev'essere operato il dolo perchè vizii l'accettazione. Noi ne abbiamo conchiuso che l'accettazione d'una eredità può essere impugnata dal momento che è conseguenza d'un dolo, poco importando che il dolo sia stato operato da un coerede o da un creditore (v. IX, n. 354). L'art. 1455 sembra concepito in termini restrittivi. Esso ammette il dolo come causa di restituzione, ma soggiungendo: « se non vi fu dolo *da parte degli eredi del marito* ». Che dovrà dirsi se vi è stato dolo da parte dei creditori? Dal punto di vista dei principii non vi ha alcun dubbio. L'accettazione della comunione e l'accettazione dell'eredità sono fatti identici; il dolo è un vizio identico. Bisogna dunque dire che ove vi ha la stessa ragion di decidere uguale deve essere la decisione. Vi è però un motivo di dubitare,

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 416 e nota 21 (4.ª ediz.).

ed è che l'interpretazione dell'art. 783 è controversa. Procede questo dai principii generali che reggono il dolo, ovvero costituisce una deroga a tali principii? Ricordiamo che, secondo l'articolo 1116, il dolo non è causa di nullità delle *convenzioni* se non quando i raggiri sono stati usati da una delle parti. Secondo la nostra opinione, conforme alla lettera della legge, questo principio non è applicabile che alle convenzioni; esso è estraneo all'accettazione d'una eredità o d'una comunione. Non bisogna dunque dire, come si è fatto (1), che l'art. 1455 applica un principio generale esigendo che il dolo sia stato praticato dagli eredi del marito. Gli eredi del marito non sono *parti* nell'accettazione della comunione più che nol siano i creditori, poichè l'accettazione è un fatto unilaterale, una manifestazione di volontà della moglie che dichiara di voler rimanere associata. E dal momento che la volontà è viziata, deve esservi nullità. Se l'articolo 1455 non parla che degli eredi del marito, è perchè questi hanno uno speciale interesse ad usare i raggiri fraudolenti per spingere la moglie ad accettare. Quale è questo interesse? Si deve supporre che coi loro raggiri dolosi essi inducano la moglie ad accettare senza fare inventario, perchè, se la moglie fa inventario, non è tenuta ai debiti che fino a concorrenza dalla sua parte nei benefici della comunione. E, in questa ipotesi, gli eredi del marito non hanno alcun interesse a che la moglie accetti, poichè sono tenuti ai debiti *ultra vires* e devono, in ogni caso, pagarli, qualunque sia il partito che prende la moglie. Se il passivo è di ventimila lire e l'attivo di diecimila, gli eredi del marito dovranno in ogni ipotesi sopportare la perdita di diecimila lire. Se la moglie accetta, prende cinquemila lire nell'attivo e non sopporta i debiti che fino a concorrenza di questa somma. Gli eredi del marito avranno cinquemila lire d'attivo e quindicimila lire di debiti da pagare. Dunque essi sono in perdita di diecimila lire. Se la moglie rinuncia, gli eredi prenderanno le diecimila lire d'attivo e pagheranno le ventimila lire di debiti, di modo che la loro perdita sarà sempre di diecimila lire. Ma se riescono a spingere la moglie ad accettare senza fare inventario, essa dovrà sopportare la metà dei debiti, diecimila lire, quantunque la sua parte nell'attivo non sia che di cinquemila. Non restano a pagare che diecimila lire di debiti, e gli eredi vi guadagnano cinquemila lire. Anche i creditori sono interessati a che la moglie accetti senza inventario, ma soltanto nel caso in cui gli eredi fossero insolvibili. La moglie sarà allora debitrice illimitata per la sua parte nei debiti. Se gli eredi sono solvibili, i creditori non hanno alcun interesse all'accettazione della moglie. È forse per questa ragione che l'art. 1455 non li menziona. Ad ogni modo i principii non lasciano alcun dubbio, e il testo deve

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 271, n. 109 *bis* III.

essere interpretato secondo i principii, poichè non è concepito in termini restrittivi (1).

391. I creditori della moglie possono impugnare la sua accettazione nel caso in cui avesse accettato in frode dei loro diritti? La questione è controversa. Pothier la decide affermativamente. Egli suppone che la moglie abbia stipulato la ripresa dei suoi contributi, in caso di rinuncia. Se la comunione è passiva, la moglie deve rinunciare per riprendere la sua dote mobiliare. Invece di rinunciare, essa accetta per liberare gli eredi del marito della ripresa dei suoi contributi. Essa reca così un danno ai suoi creditori. Il danno sussisterebbe ancora se avesse accettato senza fare inventario. Si domanda se i creditori lesi possano impugnare l'accettazione come fraudolenta. Pothier non ne dubitava menomamente. I creditori, egli dice, potranno far dichiarare nulla e fraudolenta l'accettazione della comunione fatta dalla moglie e, senza tenerne alcun conto, esercitare la ripresa del contributo della moglie, loro debitrice, abbandonando ai creditori del marito la parte della moglie nella comunione (2).

Noi crediamo che l'opinione di Pothier debba essere seguita sotto l'impero del codice se si ammette, come s'insegna generalmente, che i creditori della moglie possono rinunciare in nome della loro debitrice (n. 368). L'art. 1467 dà ai creditori il diritto d'impugnare *gli atti* fatti dal loro debitore, in frode delle loro ragioni, e quindi *ogni atto* fraudolento e, per conseguenza, l'accettazione della comunione se è fatta in frode dei loro diritti. Si obbietta l'art. 1464, il quale concede ai creditori d'impugnare la rinuncia della moglie. Dando loro il diritto di domandare la nullità della rinuncia, non intende la legge rifiutar loro il diritto di domandare la nullità dell'accettazione? Il secondo alinea dell'art. 1167 sembrava confermare questa interpretazione restrittiva disponendo che i creditori devono, quanto ai loro diritti enunciati al titolo del *Contratto di matrimonio*, conformarsi alle regole che vi sono prescritte. Non è quanto dire che i creditori non hanno altri diritti all'infuori di quelli che la legge accorda loro espressamente al titolo del *Contratto di matrimonio?* Escludiamo anzitutto l'art. 1167, il quale non ha il senso che abbiamo supposto. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni* (t. XVI, n. 474). Quanto all'art. 1464, esso non fa che applicare il principio generale dell'azione pauliana. Non se ne può indurre che lo stesso principio non debba essere applicato all'accettazione della comunione. Sarebbe argomentare dal silenzio della legge per derogare alla legge. Si domanderà perchè gli autori del codice hanno fatto una di-

---

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 416, nota 18, § 517. MARCADÉ, t. V, p. 607, n. 11 dell'art. 1455. MOURLON, t. II, p. 90, n. 212.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 559.

sposizione formale sulla rinuncia quando tacciono sull'accettazione. Gli scrittori rispondono che vi è sempre stata controversia sugli atti di rinuncia. Sono essi o non sono soggetti all'azione pauliana? In diritto romano si rispondeva per la negativa, mentre in diritto francese si rispondeva per l'affermativa. Il codice ha voluto prevenire ogni dubbio (1). Vi è un'altra ragione più semplice, e, per conseguenza, più probabile. L'accettazione fraudolenta non è che una questione teorica. Si agita nella scuola, ma si presenta raramente nella pratica. Ora, gli autori del codice sono pratici, e avranno trascurato una questione che sembrava loro oziosa.

Crediamo inutile entrare nella discussione dei motivi che si danno in appoggio dell'opinione contraria (2). Vi è un'obbiezione che non si fa e che ci pare seriissima. I creditori fanno annullare l'accettazione come fraudolenta. Che faranno essi dopo? Pothier dice che eserciteranno i diritti della moglie, loro debitrice, vale a dire che rinunceranno. Ciò suppone che essi abbiano il diritto di rinunciare, il che ci pare molto dubbio. La moglie, accettando, ha consumato la sua opzione, essa non ha più alcun diritto da esercitare. La sua accettazione sussiste quanto a lei, ed è annullata unicamente nell'interesse dei creditori. Perchè questi avessero il diritto di rinunciare quando la loro debitrice non l'ha più, non sarebbe necessario un testo?

La giurisprudenza s'è pronunciata per l'opinione generalmente insegnata (3).

IV. — Effetto dell'accettazione.

392. A termini dell'art. 777, l'accettazione d'una successione rimonta al giorno dell'apertura dell'eredità. Pothier applica lo stesso principio all'accettazione della comunione. L'accettazione della moglie ha un effetto retroattivo al giorno dello scioglimento della comunione, di modo che la moglie è reputata proprietaria per indiviso della metà di tutti i beni di cui la comunione s'è trovata allora composta, come dei frutti che sono stati percepiti d'allora in poi e di tutto ciò che è provenuto dai beni (4). Senza dubbio, la moglie è comproprietaria dei beni che compongono la comunione allo scioglimento, ma il suo diritto non risale più addietro? Non si può paragonarla all'erede. Il successibile acquista un diritto nuovo che non si apre se non alla morte di colui al quale è chiamato a succedere, mentre

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 326, n. 1057. Mourlon, t. III, p. 90, n. 214. Colmet de Santerre, t. VI, p. 279, n. 121 *bis*.

(2) Ciò che dice Troplong (t. II, p. 9, n. 1529) è insignificante.

(3) Rigetto, 5 dicembre 1838 (Dalloz, v. *Succession*, n. 520), e 5 aprile 1869 (Dalloz, 1869, 1, 239).

(4) Pothier, *Della comunione*, n. 548.

la moglie è in comunione di beni in virtù del suo contratto di matrimonio. Essa non acquista un diritto sulla comunione alla morte del marito. Il suo diritto preesiste, essa è chiamata soltanto ad esercitare la sua facoltà d'opzione. Essa può rinunciare, e, in questo caso, non è mai stata in comunione. Può accettare, e, in questo caso, è sempre stata in comunione.

Lo stesso Pothier applica questo principio al passivo. Colla sua accettazione, egli dice, la moglie diviene debitrice, per la sua parte nella comunione, di tutti i debiti della comunione medesima. Si ritiene che essa li abbia contratti, nella sua qualità di moglie in comunione, insieme col marito. Dunque essa è in comunione prima dello scioglimento di questa, e se è in comunione pei debiti, deve esserlo per i beni. Essa è comproprietaria, come è condebitrice, in virtù della sua qualità d'associata, e questa qualità data dalla celebrazione del matrimonio, vale a dire dalla convenzione tacita colla quale, maritandosi senza contratto, essa ha adottato il regime di comunione.

393. La moglie, in conseguenza della sua accettazione, va reputata come parte in tutti gli atti fatti dal marito nella sua qualità di capo della comunione. Dovrà dirsi per questo ch'essa non possa impugnarli per frode o simulazione? No, la retroattività dell'accettazione non è che una finzione. Non si può estendere la finzione a casi pei quali certamente non è stata stabilita. Il marito spoglia la comunione con un atto fraudolento. Si dirà doversi ritenere che la moglie abbia concorso a questo atto, che vi sia intervenuta come associata? Sarebbe assurdo, non potendosi dire che la moglie agisca essa stessa in frode dei suoi diritti. La finzione non deve condurre ad un non senso. La moglie è parte nei contratti serii, non lo è negli atti che sono diretti contro di lei. Sarebbe una contraddizione. La moglie resta estranea a questi atti, come lo sarebbe un terzo e, per conseguenza, ha i diritti che spettano a un terzo. Essa può impugnarli per causa di frode e di simulazione, mentre non lo potrebbe se vi figurasse come parte.

La Corte di cassazione ha giudicato così (1), ma formula male il principio. Si legge nella sentenza che la moglie la quale accetta la comunione si ritiene sia stata *rappresentata* negli atti che il marito ha stipulati, e che, per conseguenza, essa deve rispettarli. La moglie è più che rappresentata negli atti dal marito; essa è parte come associata. Si ritiene dunque che contratti insieme col marito e deve rispettare ciò ch'essa stessa ha compiuto. Ma bisogna aggiungere che si tratta d'una finzione, ed ogni finzione deve essere ristretta nei limiti della legge, perchè è contraria alla realtà delle cose. La verità prevale quando non si è più nei termini della finzione.

---

(1) Rigetto, 31 luglio 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

394. Non bisogna confondere questa ipotesi con un'altra la quale sembra analoga, ma che è tutta diversa. Un padre vende al figlio un bene della comunione. L'atto è simulato e fatto in frode dei creditori del marito e della comunione. La moglie muore. Possono i suoi eredi impugnare questo atto? Nel caso concreto l'atto non era compiuto in frode della moglie. Questa, al contrario, l'aveva inspirato, ne era coautrice, si può dire complice. Essa non aveva dunque veste per impugnarlo, anzi era responsabile come complice della frode. Ora, gli eredi della moglie non avevano maggiori diritti di lei. Dunque essi non potevano impugnare gli atti seguiti con terzi che avevano contrattato sulla fede dell'atto fraudolento (1).

§ III. — *Della rinuncia.*

N. 1. — Quando la moglie vedova può rinunciare?

395. La vedova può rinunciare nel termine di tre mesi e quaranta giorni senza aver fatto inventario? Vi ha controversia, sebbene, a nostro avviso, possa esistere alcun dubbio. L'art. 1453 decide la questione: « Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie ha facoltà d'accettarla o di rinunciarvi ». La legge dà questo diritto alla moglie in termini assoluti, senza subordinarne l'esercizio alla confezione d'un inventario. Essa può accettare immediatamente senza fare inventario, e può anche rinunciare. È vero che accettando senza inventario la moglie non può recare alcun danno ai creditori, mentre la sua rinuncia senza inventario può essere loro dannosa, poichè la moglie può aver stornato degli effetti della comunione, ciò che sarebbe difficilissimo a provare, non essendo la consistenza e il valore dei mobili della comunione constatato da alcun atto. Il legislatore avrebbe potuto tener conto dell'interesse dei creditori ed esigere che la moglie facesse inventario prima di rinunciare. Ma non l'ha fatto.

Nell'antico diritto la moglie era obbligata a fare inventario anche quando rinunciasse nel termine di tre mesi e quaranta giorni. La ragione si è, dice Pothier, che la moglie vedova si trova in possesso di tutti gli effetti della comunione. Bisogna dunque che giustifichi, se vuol rinunciare, che abbandona agli eredi del marito ed ai creditori tutti gli effetti che appartengono alla comunione, perchè la moglie che rinuncia perde ogni diritto sui beni della comunione, anche sui mobili ch'essa vi ha conferiti (2).

Merlin ha sostenuto che il codice aveva consacrato l'antico

---

(1) Rigetto, 19 maggio 1873 (Dalloz, 1874, 1, 23).
(2) Pothier, *Della comunione*, n. 560.

diritto. Il grande giureconsulto è sospetto in materia della tradizione. Egli è tradizionalista ad oltranza, e molte volte si è ingannato volendo mantenere il diritto antico che il codice ha abrogato. Nella specie, il suo errore è palpabile. Basta confrontare il testo della consuetudine di Parigi colla lettera dell'art. 1456. L'art. 237 della consuetudine era così concepito: « È lecito ad ogni moglie di rinunciare, dopo la morte del marito, alla comunione *facendo fare buono e leale inventario* ». Questa disposizione impone alla moglie che vuol rinunciare una condizione. Bisogna ch'essa faccia inventario. Pothier ce ne ha detto la ragione. L'art. 1456 ha riprodotto questa condizione? Esso dispone: La moglie superstite *che vuol conservare la facoltà di rinunciare alla comunione* deve, nei tre mesi dal giorno della morte del marito, far fare un inventario fedele ed esatto di tutti i beni della comunione ». L'inventario è ancora una condizione, ma non è imposta alla moglie che rinuncia immediatamente, nel termine di tre mesi. Essa è imposta alla vedova che non vuol prendere partito per il momento, pur riservandosi il suo diritto d'opzione. In questo caso, essa deve fare inventario. Così la consuetudine dice: La moglie può rinunciare a condizione di fare inventario. Il codice civile dice: La moglie deve fare inventario se vuol conservare la facoltà di rinunciare. Dunque quando la moglie vuol rinunciare immediatamente, vale a dire nel termine di tre mesi, non è tenuta a fare inventario. Nessuna disposizione della legge ve l'obbliga. Essa può dunque usare del diritto assoluto che le conferisce l'art. 1453.

Si oppone l'art. 1442, a termini del quale il superstite è sempre tenuto a fare inventario, senza distinguere se accetta o se rinunzia. Questa obbiezione confonde due ordini di concetti affatto distinti. L'art. 1442 obbliga il superstite a fare inventario, quand'anche rinunciasse. Ma la moglie superstite ha il diritto di rinunciare senza fare inventario? A questa domanda risponde l'articolo 1456 e la risposta è affermativa, poichè la legge non obbliga la vedova a fare inventario prima di rinunciare. Se rinuncia nel termine di tre mesi senza aver fatto inventario, la sua rinuncia è valida, ma essa sarà soggetta alle penalità civili pronunciate dall'art. 1442. Questa disposizione concerne entrambi i coniugi. L'art. 1456 è particolare alla moglie ed alla moglie vedova. L'art. 1442 non può dunque essere invocato per interpretare l'art. 1456 (1).

I testi non lasciano alcun dubbio. Resta a sapere per qual ragione gli autori del codice abbiano derogato all'antico diritto. La consuetudine di Parigi voleva garantire gl'interessi degli eredi del marito e dei creditori, ma la garanzia era illusoria. Infatti, la

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 443, n. 1161. Aubry e Rau, t. V, p. 418, nota 28, § 517.

consuetudine non prescriveva alcun termine entro il quale l'inventario dovesse essere redatto. Ora, l'inventario non è una garanzia che quando si fa subito. Si dirà che gli autori del codice avrebbero dovuto mantenere l'obbligo dell'inventario fissando un termine? Questo termine avrebbe dovuto essere il termine ordinario di tre mesi. Ma anche fatto entro questo termine, l'inventario non avrebbe offerto ai creditori la garanzia che si attende da una descrizione autentica dei mobili, perchè la moglie che è in possesso dei mobili può stornare tutto ciò che vuole prima che si cominci l'inventario, prima anzi che si possano opporre i sigilli. Tuttavia avremmo preferito che il legislatore avesse dichiarato l'inventario obbligatorio. Meglio vale una garanzia incompleta che la mancanza di ogni garanzia.

La giurisprudenza si è pronunciata per l'opinione che è generalmente insegnata dagli scrittori (1). Merlin invoca i lavori preparatorii. È inutile entrare in questa questione. Il testo, quando è formale, va preferito ai lavori preparatorii, che sono sempre soggetti a discussione ed a controversia.

396. Entro qual termine deve l'inventario redigersi perchè la moglie conservi la facoltà di rinunciare? L'art. 1456 vuole che l'inventario sia fatto nel termine di tre mesi. La legge non aggiunge quaranta giorni. Quest'ultimo termine è accordato per deliberare sull'accettazione o la rinuncia. Esso è dunque estraneo ad una disposizione che ha per oggetto di constatare autenticamente la consistenza e il valore dei mobili della comunione. L'inventario deve essere *fedele* ed *esatto*. Un inventario *infedele* ed *inesatto* sarebbe un mezzo d'ingannare e di frustrare i creditori. La moglie che, scientemente e in mala fede, ommettesse di comprendere nell'inventario effetti della comunione sarebbe decaduta dalla facoltà di rinunciare. Essa commetterebbe una sottrazione o un occultamento. L'art. 801 lo dice dell'erede benefiziato, e se la legge non lo ripete per la moglie in comunione di beni, si è perchè essa non è nel caso d'accettare con beneficio d'inventario.

L'art. 1456 aggiunge che l'inventario deve comprendere tutti i beni della comunione; quindi tanto gli immobili quanto i mobili. In generale, l'inventario non comprende che gli effetti mobili. La legge si mostra più rigorosa a riguardo della vedova, perchè essa potrebbe sopprimere i titoli che stabiliscono la proprietà della comunione e distrarre così o nascondere i valori immobiliari che appartengono alla medesima.

L'inventario si fa sulle dichiarazioni della moglie. Legalmente nulla ne garantisce la verità. Ecco perchè la legge esige che l'inventario si faccia in contraddittorio cogli eredi del marito o dopo che i medesimi sono stati debitamente citati. Basta

---

(1) Besançon, 23 febbraio 1828 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2166). Bruxelles, 4 febbraio 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 48).

ch'essi siano citati. La loro astensione non deve impedire alla moglie d'usare del suo diritto.

Da ultimo, l'art. 1456 dispone che la moglie deve dichiarare, alla chiusura dell'inventario, avanti il pubblico ufficiale che lo ha ricevuto, ch'esso è sincero e verace. È questa una garanzia morale il cui valore dipende dalla moralità della moglie che afferma la sincerità delle proprie dichiarazioni. Checchè se ne dica, la moralità non decresce, ma s'eleva e s'innalzerà più ancora quando si sarà compreso che l'istruzione delle nascenti generazioni deve consistere ad un tempo nello sviluppo del senso morale e nella cultura delle facoltà intellettuali.

397. Se la moglie fa l'inventario nel termine di tre mesi conserva la facoltà di rinunciare. Per quanto tempo? La legge non lo dice, e non aveva bisogno di dirlo. Facendo l'inventario, la moglie conserva il suo diritto d'opzione. Ora, essa ha trent'anni per esercitarlo, sia che voglia accettare, sia che intenda di rinunciare (n. 374). Ma questo diritto è limitato da quello dei creditori. Costoro, dice l'art. 1459, possono, spirato il termine di tre mesi, citare la moglie come in comunione fino a che abbia rinunciato, ed essa deve le spese fatte contro di lei fino alla sua rinuncia. L'art. 1459 si riferisce ai due articoli precedenti. La moglie che ha fatto inventario entro i tre mesi può opporre ai creditori che la citano l'eccezione dilatoria risultante dal termine di quaranta giorni che la legge accorda per deliberare. È soltanto dopo trascorso il termine di tre mesi e quaranta giorni che i creditori non possono più essere respinti coll'eccezione dilatoria. La vedova può anche, secondo le circostanze, domandare al tribunale di prima istanza una proroga del termine di tre mesi e quaranta giorni. Questa proroga è, se vi ha luogo, pronunciata in contraddittorio cogli eredi del marito o dopo che i medesimi siano stati debitamente citati (articolo 1458). Se il termine è prorogato, è prorogata pure l'eccezione dilatoria. All'incontro, se l'inventario è chiuso prima che siano trascorsi i tre mesi, la moglie può essere citata dopo trascorsi i quaranta giorni dalla chiusura dell'inventario (art. 1460).

Il codice dice che i creditori possono citare la moglie *come in comunione*. Stabilisce esso forse con ciò una presunzione d'accettazione? Si dice d'ordinario che la vedova si presume accettante se non rinuncia nel termine di tre mesi e quaranta giorni (1). Ciò non è esatto. Se la vedova non ha fatto inventario, ben più che presumersi accettante, essa è realmente tale perchè decaduta dalla facoltà di rinunciare (art. 1459). E se redasse inventario senza pronunciarsi, lo fece allo scopo di conservare la facoltà di rinunciare, e quindi il suo diritto d'opzione rimane intatto. Sarebbe una contraddizione conservarle il diritto di rinuncia e presumerla accettante. Il solo effetto che produca

(1) DEMANTE, *Corso analitico*, t. VI, p. 272, n. 111.

la sua astensione dopo il termine di tre mesi e quaranta giorni è ch'essa non ha più l'eccezione dilatoria. Essa può essere citata, e le spese degli atti saranno a suo carico, se rinuncia.

398. Quale è la condizione della moglie quando non ha fatto inventario? Essa è decaduta dalla facoltà di rinunciare. È questa l'opinione consacrata dalla giurisprudenza, salvo qualche esitanza nell'applicazione del principio. Questa decadenza risulta dal testo e dallo spirito della legge. Il testo è così chiaro che fa meraviglia sia sorta per esso una controversia. A termini dell'articolo 1456, la moglie *che vuole conservare la facoltà di rinunciare* deve fare inventario entro i tre mesi. Dunque, se non fa inventario, non conserva la facoltà di rinunciare. È quanto dire appunto che la perde, che ne è decaduta. Se la decadenza non è pronunciata alla lettera, risulta necessariamente dal testo. Infatti, se la moglie conservasse la facoltà di rinunciare senza fare inventario, l'art. 1456 non avrebbe più senso. Lo si ammette, ma si pretende che questa disposizione deve essere combinata con quella dell'art. 1459, il quale stabilisce: « La vedova che non ha fatto la rinuncia nel *termine qui sopra prescritto non è decaduta dalla facoltà di rinunciare,* se non si è immischiata nei beni dell'eredià ed *ha fatto inventario.* Questo articolo è una conseguenza dell'art. 1456 e, anzichè modificarlo, lo conferma. Le parole *ha fatto inventario* enunciano una condizione. Se la moglie ha fatto inventario, non è decaduta. Dunque, se non ha fatto inventario, è decaduta. Non vi ha che una lieve difficoltà letterale. L'art. 1459 non ripete che l'inventario deve essere fatto nei tre mesi, ma era necessario che l'art. 1459 ripetesse ciò che aveva detto l'art. 1456? Quale è l'articolo che esige l'inventario come condizione del diritto di rinuncia? L'art. 1456. Sede della materia è dunque codesta disposizione e non l'articolo 1459, il quale si limita a riferirsi a ciò che fu detto prima. Esso ha unicamente per oggetto di decidere quale sia la conseguenza della mancanza di rinuncia nel termine ordinario di tre mesi e quaranta giorni. La moglie può ancora rinunciare? Può essere citata? Ecco la questione risolta dall'articolo 1459. La prima era già decisa. Infatti, l'articolo 1454 aveva detto che la moglie che si è immischiata non può più rinunciare, e l'articolo 1456 aveva disposto che la vedova che non ha fatto inventario nel termine di tre mesi non può più rinunciare. Se la legge ripete ciò che ha già detto, è per dare una risposta completa alla questione di sapere qual sia la condizione della moglie dopo trascorso il termine di tre mesi e quaranta giorni (1).

Ecco le letterali disposizioni del codice. Quanto allo spirito della legge, non potrebbe essere dubbio, poichè il testo è chiaro. E il testo, quando è chiaro, ci apprende in modo certo la volontà

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 418 e seg., nota 30, § 517, e le autorità che citano. Bisogna aggiungere Bruxelles, 10 aprile 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 212).

del legislatore. Si può trovare la legge troppo severa, ma essa è tale, e bisogna attenervisi. Si domanderà il motivo di questo rigore? Gli autori del codice hanno derogato alle consuetudini, secondo le quali occorreva sempre un inventario perchè la moglie potesse rinunciare, anche nel termine di tre mesi, ma l'inventario poteva esser fatto anche dopo questo termine. Il codice è meno severo nella prima ipotesi. Esso permette alla moglie di rinunciare nei tre mesi, senza ch'essa debba fare inventario. Nella seconda ipotesi il codice è più rigoroso. Dopo il termine di tre mesi la moglie è decaduta dal diritto di rinunciare, a meno che non abbia fatto inventario entro questo termine. Dunque, o la rinuncia nel termine di tre mesi, o un inventario. Tale è il sistema della legge. Perchè essa esige un inventario quando la moglie non rinuncia subito? Perchè è questa la sola garanzia che abbiano i creditori, come già ha detto Pothier. Ora, perchè l'inventario sia una garanzia, deve esser fatto il più presto possibile dopo lo scioglimento della comunione. Il legislatore ha dovuto tener conto dei diritti dei creditori come di quelli della moglie.

Che tale sia il sistema del codice non potrebbe esservi dubbio, se si consultano le osservazioni del Tribunato. L'art. 1461, come fu votato dal Consiglio di Stato, era così concepito: « Se la vedova muore prima che siano trascorsi i tre mesi e quaranta giorni, gli eredi possono rinunciare alla comunione. Gli eredi possono rinunciare dopo il detto termine, e *nonostante la mancanza d'inventario*, finchè non si sono ingeriti nella successione ». Così il progetto era meno severo per gli eredi della vedova che per la vedova stessa. Esso concedeva agli eredi di rinunciare malgrado la mancanza di inventario. Questa differenza tra la vedova e gli eredi si spiegava benissimo. La vedova è in possesso della comunione, e può facilmente distrarre, mentre gli eredi possono non essere in possesso. Tuttavia il Tribunato censurò la disposizione del progetto. Esso non ammetteva che gli eredi potessero rinunciare quando non fosse stato redatto inventario, nè da parte loro, nè da parte della moglie. Occorre sempre un inventario, dice il Tribunato, per evitare frodi a riguardo dei terzi (1). Se questa obbligazione è imposta anche agli eredi, a maggior ragione bisognava mantenerla per la vedova. Non si obbietti che il Tribunato non parla del termine entro il quale l'inventario dev'essere fatto. Questo punto non era in causa, esso era regolato dall'art. 1456, e il Tribunato non pensava nemmeno che l'art. 1459 vi avesse potuto derogare. Bastava accordare agli eredi un termine di tre mesi per fare inventario.

399. Dobbiamo combattere l'opinione contraria anche perchè essa ha trovato un difensore in altro fra i migliori interpreti del codice civile. Colmet de Santerre invoca gli articoli 1456 e 1459,

---

(1) Osservazioni del Tribunato, n. 12 (LOCRÉ, t. VI, p. 380).

combinati cogli articoli 794 e 800. Il diritto dell'erede e quello della moglie sono analoghi. Che cosa dice la legge dell'erede che vuol godere del beneficio d'inventario? Esso deve anzitutto fare una dichiarazione in cancelleria. Sotto questo rapporto, la condizione del successibile e quella della moglie sono diverse. Questa gode di pien diritto del suo beneficio d'emolumento, a condizione di fare inventario. Questa condizione è comune all'erede. Qui vi ha perfetta analogia. L'art. 794 dice che la dichiarazione d'un erede il quale non intende assumere questa qualità che con beneficio d'inventario non ha effetto se non è preceduta o seguita da un inventario dei beni della successione. Quando dev'essere fatto questo inventario? « Nei termini che saranno qui appresso determinati » risponde l'art. 794. Quali sono questi termini? L'erede ha tre mesi per fare inventario, dice l'art. 795, con una disposizione identica a quella dell'articolo 1456, il quale pure esige dalla vedova che faccia inventario nei tre mesi se vuol conservare i suoi diritti di moglie in comunione. Continuiamo il confronto. Il termine di tre mesi sembra essere perentorio pel successibile, stando all'art. 794, come parrebbe fatale per la vedova in virtù dell'art. 1456. Ma l'articolo 800 spiega l'art. 1456. L'erede conserva, dopo che è spirato il termine di tre mesi, prorogato, se è il caso, la facoltà di fare ancora inventario e di rendersi erede beneficiato, se non ha fatto d'altronde atto d'erede. In sostanza, il termine di tre mesi non è fatale. L'erede può sempre accettare con beneficio d'inventario, se non ha accettato puramente e semplicemente, facendo atto d'erede. Tale è pure il diritto della moglie in comunione, secondo l'art. 1459. Essa non è decaduta dalla facoltà di rinunciare purchè abbia fatto inventario e non si sia ingerita nell'eredità. L'art. 1459 non dice che l'inventario deve essere fatto entro un dato termine, e quindi può sempre aver luogo finchè la vedova non si sia immischiata nella successione (1).

Il confronto è ingegnoso, ma falso. L'art. 794 non dice, come l'art. 1456, che il successibile il quale vuol conservare la facoltà d'essere erede beneficiato deve fare inventario nei tre mesi. Esso dispone, il che è ben diverso, che l'inventario deve essere fatto nei termini che saranno appresso determinati. Ora, questi termini sono stabiliti dagli articoli 795 e seguenti fino all'art. 800 inclusivo. Ne risulta che vi ha un termine, ma che non è fatale. Dunque l'art. 794, riferendosi all'art. 800, dice anticipatamente che l'erede non deve fare inventario entro un termine fatale. Accade tutto il contrario dell'articolo 1456. Esso dispone in termini assoluti che la vedova deve fare inventario entro i tre mesi se vuol conservare il diritto di rinunciare. L'art. 1456 non si riferisce ad un articolo successivo,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 274, n. 115 *bis* I. Cfr. Mourlon, t. III, pagina 92, n. 216.

come fa l'art. 794. La sua disposizione è definitiva. Al contrario, l'articolo 1459 richiama l'articolo 1456 per ripetere, in termini concisi, quanto fu già prescritto. Ora, un articolo che ripete quanto disse un articolo precedente, non può certo modificare questo. La differenza di testo è decisiva. Per l'erede benefiziato, la sede della materia è l'art. 800 combinato coll'articolo 794. Per la vedova, la sede della materia è unicamente l'art. 1456.

La differenza di testo implica una differenza di principio. L'erede può sempre fare inventario, vale a dire che può sempre essere erede benefiziato, o erede puro e semplice, finchè non abbia fatto atto d'erede, mentre la vedova non conserva il suo diritto d'opzione, scorsi i tre mesi, che alla condizione di fare inventario entro questo termine. Vi ha una ragione di questa differenza? Ovvero la nostra interpretazione riesce rigorosa senza motivo? La condizione della vedova è diversa da quella dell'erede, e quindi deve essere diverso anche il principio (1). Infatti, la vedova è in possesso della comunione, mentre l'erede non ha il possesso dell'eredità. Ora, ciò che costituisce un pericolo pei creditori come per gli eredi del marito è il possesso dei beni. Non vi ha che un mezzo per garantire i loro interessi, l'inventario, e un inventario compilato nel più breve termine, quello tradizionale di tre mesi. Ecco la ragione dell'articolo 1456 e la giustificazione del suo rigore. Questo rigore era inutile a riguardo dell'erede. Costui non è in possesso di fatto, non può ad ogni istante distrarre, dissipare i beni dell'eredità. La legge doveva dunque lasciarlo nel diritto comune, permettendogli d'accettare con beneficio d'inventario finchè non avesse accettato puramente e semplicemente.

400. Nuove difficoltà si presentano nell'applicazione del principio. La vedova deve fare inventario entro i tre mesi, sotto pena d'essere decaduta dalla facoltà di rinunciare. Se non ha fatto inventario, essa è accettante senza aver voluto accettare. Inoltre, essa non gode del benefizio d'emolumento, perchè questo beneficio va congiunto alla compilazione d'un inventario e, secondo l'opinione comune, l'inventario dev'essere fatto nei tre mesi. La conseguenza è rigorosa. La vedova perde il suo beneficio di moglie in comunione, ed è tenuta per la sua parte nei debiti *ultra vires*. Si comprende che i tribunali s'arrestino di fronte ad una applicazione rigorosa della legge quando la vedova è in buona fede e nulla fa sospettare una distrazione in danno dei creditori. Dal punto di vista teorico è facile decidere la questione. Diciamo che il giudice non deve preoccuparsi di queste considerazioni d'equità, non deve ricercare se vi siano o meno sospetti di distrazione. La legge vuole un inventario ed esige che questo inventario

(1) MARCADÉ, t. V, p. 610, n. II dell'art. 1459. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 444, n. 1162.

sia fatto nel termine di tre mesi. Se codeste condizioni non sono osservate, la moglie è decaduta dalla facoltà di rinunciare e il magistrato deve pronunciare la decadenza. Il giudice è un ministro della legge, non è un ministro d'equità. Troplong scrive, su questo argomento, splendide parole, che ci si permetterà di riferire, perchè vengono in appoggio al sistema d'interpretazione che abbiamo seguìto in tutto il corso dei nostri *Principii*. « Comprendiamo, egli dice, che l'interesse inerente alla condizione della vedova faccia interpretare la legge colla maggiore equità possibile, ma non bisogna giungere fino al punto da violarla. *Nessuna causa è tanto sacra da dare al magistrato il diritto di sostituire la sua volontà a quella del legislatore.* L'equità *cervellotica* è il peggiore dei pericoli. Essa toglie ogni fiducia, e lascia i giudicabili senza bussola e senza guida » (1).

401. Disgraziatamente gli scrittori dimenticano queste saggie massime che tutti professano, ma che pochissimi praticano. Si presenta una prima difficoltà. L'inventario dev'esser fatto entro tre mesi. Come si calcolerà questo termine? Intorno al modo di calcolare i termini esiste una regola che risulta dalla natura stessa dei termini. La legge dice: Nei tre mesi dal giorno della morte del marito. Il termine deve essere completo, e perchè lo sia, non si conta il giorno della morte. Ciò non è dubbio. Si può andare più in là? La Corte di Bordeaux ha giudicato che l'inventario non è tardivo quando è fatto il giorno che segue la scadenza dei tre mesi. Ecco una flagrante violazione della legge. Anche la Corte è costretta ad interpretare il testo falsamente, decidendo che l'inventario può sempre essere fatto dopo i tre mesi (2). La legge è violata. Che cosa dice Troplong di questa sentenza? « Noi ci uniremo di gran cuore a coloro i quali non vogliono che si calcoli *a minuti* il termine di tre mesi ». Che significa ciò? Ogni termine è arbitrario. Perchè tre mesi piuttosto che due o quattro? Il *minuto* è dell'essenza del termine. Se un tribunale ammettesse un'azione un giorno dopo che la prescrizione è compiuta, violerebbe la legge. La viola egualmente quando decide che la decadenza non è incorsa, mentre nel fatto si è verificata.

402. L'inventario è soggetto a certe forme determinate dal codice di procedura. Se non è stata adempiuta una di queste formalità, l'inventario sarà nullo e la decadenza incorsa? L'articolo 943 non pronuncia la pena della nullità. Che se ne deve conchiudere? Che ogni descrizione dei mobili fatta dal notaio nelle forme della legge del ventoso sarà valida, nel senso che la decadenza non sarà incorsa? La dottrina e la giurisprudenza sono esitanti. Si pone per principio che l'inventario deve essere regolare, vale a dire conforme al codice di procedura, donde segue che un inventario irregolare non impedisce la decadenza.

---

(1) TROPLONG, t. II, p. 15, n. 1543.
(2) Bordeaux, 24 febbraio 1829 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n 2164).

Poi si soggiunge che i tribunali possono non pronunciare la decadenza se le irregolarità sembrino, secondo le circostanze, essere il risultato d'un errore scusabile (1). L'eccezione non distrugge il principio? Se l'inventario irregolare è nullo, chi mai autorizza il giudice a non pronunciare la decadenza risultante dalla mancanza d'inventario?

Preferiamo il sistema consacrato da una sentenza della Corte di Poitiers. Essa distingue le formalità sostanziali, senza di che non vi ha inventario dalle formalità non sostanziali. Sono sostanziali le formalità che hanno per oggetto di accertare la consistenza della comunione, la consegna dei valori alla vedova che dichiara d'incaricarsene a riguardo di tutti gli interessati. Nel caso concreto, l'inventario era stato redatto nelle forme legali, ma la chiusura e l'affermazione della sincerità dell'atto non avevano avuto luogo che dopo trascorso il termine. Questa irregolarità doveva trarre seco la nullità dell'inventario? La chiusura, dice la Corte, non è che una formola dell'atto, l'inventario proprio era stato fatto e terminato nei tre mesi. Quanto all'affermazione, essa è una garanzia morale il cui valore non dipende certo dal giorno in cui è seguita (2). Interposto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. La Corte non decide la questione di principio in termini assoluti. Essa esclude però l'articolo 943 del codice di procedura, che non cita, per attenersi all'art. 1456. La sentenza constata anzitutto, come faceva la Corte di Poitiers, che l'inventario era stato compiuto nel termine di tre mesi, ch'esso constatava la totalità dei valori della successione, e che d'altronde era riconosciuto esatto e fedele. La Corte ne conchiuse ch'esso riuniva tutte le condizioni sostanziali richieste dall'art. 1456. Quanto al ritardo frapposto alla chiusura dell'atto ed all'affermazione, la Corte decide che la legge non annette la nullità a questo ritardo e, inoltre, la sentenza impugnata spiegava che il ritardo aveva nel caso concreto una causa legittima. La Corte di cassazione fa proprio, in sostanza, il sistema della Corte di Poitiers, giudicando che le condizioni *sostanziali* dell'inventario erano state osservate. E, cosa notevole, essa cerca queste condizioni nell'art. 1456 piuttosto che nel codice di procedura.

403. Diversa è la questione di sapere se l'inventario può essere redatto dopo trascorso il termine di tre mesi per circostanze eccezionali in cui la moglie si trovi. La decisione è semplicissima se si vuol restar fedeli ai principii. Non spetta al giudice creare eccezioni, poichè in tal modo egli farebbe la legge, e non vi ha nel codice alcuna eccezione alla regola stabilita dall'art. 1456. Ciò è decisivo. La Corte di Bruxelles si è pronunciata in questo senso. Essa ammette però una scusa che

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 385, note 11-13, § 515, e le autorità che vi sono citate.
(2) Poitiers, 7 maggio 1857, e Rigetto, 17 maggio 1858 (Dalloz, 1858, 1, 351).

risulta dai principii generali di diritto. L'art. 1456 impone alla vedova l'obbligo di stendere un inventario entro i tre mesi. Esso pronuncia una decadenza pel fatto solo di non aver adempito questa formalità nel termine legale. La decadenza è una pena la quale suppone che la moglie abbia potuto fare inventario nel termine della legge. Se vi fosse una impossibilità di fatto o di diritto, non si potrebbe più dire che la vedova ha violato la legge. Essa risponderebbe che nessuno è tenuto all'impossibile e che la legge non può punirla per non aver compiuto ciò che era nell'impossibilità di fare. Quando esiste questa impossibilità? È una questione di fatto che, per sua natura, va lasciata all'apprezzamento del giudice. La Corte di Bruxelles cita alcuni esempi che si sono presentati nella giurisprudenza (1). Crediamo inutile entrare in questa quistione, non potendo le decisioni di fatto servire di precedente, siccome quelle che dipendono essenzialmente dalle circostanze della causa.

404. Nello stesso ordine di idee, si domanda se l'inventario può essere sostituito da un altro atto che accerti la consistenza dei beni della comunione. La negativa ci pare sicura. Quando la legge vuole contentarsi d'un atto che non sia l'inventario, ha cura di dirlo (art. 1499). Quando non lo dice bisogna stare al principio secondo il quale le formalità non si suppliscono e non si adempiono con equipollenti. La Corte di cassazione ha giudicato così, senza però decidere la questione di massima. Nel caso concreto s'invocava un processo verbale del giudice di pace che constatava la poca importanza degli oggetti mobili della comunione e, per conseguenza, l'inutilità dell'apposizione dei sigilli. La Corte si è limitata a dire, ed è cosa evidente, che questo atto non poteva essere considerato come un inventario bastevole (2). In un'altra causa, la moglie si valeva d'un elenco dei mobili, ma questo non comprendeva gli altri effetti, valori, mercanzie e crediti della comunione. Esso non rispondeva dunque al voto dell'art. 1456, il quale esige un inventario di *tutti* i beni. La moglie allegava ancora una dichiarazione fatta all'ufficio del registro pel pagamento dei diritti di trasferimento. La Corte d'Amiens ha giudicato che questi atti non equivalevano ad un inventario (3).

405. L'inventario manca, e quindi la moglie è decaduta dalla facoltà di rinunciare. Tuttavia essa rinuncia. Questa rinuncia è nulla. Si domanda se la moglie possa invocare la nullità. La Corte di cassazione ha deciso che la moglie non può sottrarsi agli effetti d'una rinuncia che le fosse dannosa (4). La sentenza

---

(1) Bruxelles, 12 agosto 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 218). Cfr. le sentenze riportate da DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, nn. 2150-2160, e AUBRY e RAU, t. V, p. 419, nota 30, § 517, e gli scrittori che citano.

(2) Rigetto, 30 aprile 1849 (DALLOZ, 1850, 1, 117).

(3) Amiens, 22 marzo 1855 (DALLOZ, 1855, 2, 282).

(4) Cassazione, 6 luglio 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 479).

non dà altro motivo, di modo che la decisione si riduce ad una semplice affermazione. La cosa è però evidente. La decadenza è pronunciata contro la moglie e nell'interesse dei creditori. Se la rinuncia è nulla, la nullità riguarda unicamente i creditori, e quindi soltanto questi possono invocarla È l'applicazione del principio che regge le nullità quando non sono d'ordine pubblico. Ora, la decadenza dell'art. 1456 e la nullità che ne risulta concernono il puro interesse privato.

N. 2. — Quando la moglie divorziata, separata di corpo o di beni, può o deve rinunciare?

406. Dispone l'art. 1463: « La moglie divorziata o separata di corpo che non ha, pei tre mesi e quaranta giorni dal divorzio o dalla sentenza definitiva di separazione, accettata la comunione, si ritiene che vi abbia rinunziato, a meno che, essendo ancora nel termine, non abbia ottenuto la proroga dall'autorità giudiziaria, in contraddittorio col marito, o dopo che il medesimo sia stato debitamente citato ». Questa disposizione modifica il diritto d'opzione che l'art. 1453 accorda alla moglie quando la comunione è sciolta. L'art. 1453 dà implicitamente alla moglie un termine di trent'anni per esercitare il suo diritto. Quando la comunione si scioglie per la morte del marito, la vedova ha trent'anni per pronunciarsi, a condizione che faccia inventario nei tre mesi, e salvo il diritto dei creditori di agire contro la vedova, dopo trascorso il termine di tre mesi e quaranta giorni. Accade altrimenti quando la comunione è sciolta pel divorzio o la separazione personale. Anche la moglie divorziata o separata di corpo ha il diritto d'opzione; essa può, al pari della vedova, accettare la comunione o rinunciarvi immediatamente. Ma essa deve pronunciarsi al più tardi nel termine di tre mesi e quaranta giorni, prorogato, se sarà il caso, dal tribunale. Se rimane nell'inazione, si riterrà che abbia rinunziato per ciò solo che non avrà accettato entro questo termine. Quale è la ragione della differenza che la legge fa tra la vedova e la moglie divorziata o separata di corpo? La prima ha trent'anni per esercitare il suo diritto d'opzione, la seconda non ha che un termine di tre mesi e quaranta giorni. Quando la comunione si scioglie pel divorzio o la separazione personale, il marito è in possesso della comunione, ed è contro di lui che la moglie deve proporre la sua domanda di divisione, se intende accettare. Di regola accetterà, poichè il divorzio o la separazione personale non implicano che la comunione sia cattiva. E se accetta, si affretterà ad esercitare i suoi diritti, perchè l'odio che divide i coniugi, lo scandalo d'una rottura giudiziaria ecciteranno la moglie attrice o convenuta ad agire subito. Essa non ha alcuna ragione per aspettare; tutto la induce a procedere contro il marito ad oltranza. Se, invece di reclamare la sua parte nella

comunione, la moglie tace, che se ne dovrà conchiudere? Che la comunione è cattiva e che la moglie non ha alcun diritto utile da esercitare. Ecco perchè la legge dice reputarsi che essa sia rinunciante (1).

407. La legge non parla della moglie separata di beni. Deve essa essere assimilata alla moglie separata di corpo o divorziata? Generalmente si ammette l'affermativa, perchè vi ha la stessa ragione di decidere, anzi una ragione più forte. Ciò non è perfettamente esatto. Il motivo che abbiamo dato per la separazione di corpo e pel divorzio non s'applica che in tenuissima misura alla separazione dei beni. La domanda della moglie riguarda unicamente i suoi interessi pecuniarii, e questi interessi possono essere compromessi senza che vi sia da rimproverare al marito alcuna colpa. Ma vi è un'altra considerazione che deve indurre la moglie ad agire il più presto possibile. Perchè ha essa domandato lo scioglimento della comunione? Perchè la sua dote o la sue riprese sono in pericolo. È in causa di questo pericolo che la legge fa retroagire la sentenza, per impedire al marito di compiere la rovina della moglie. La stessa ragione deve spingere la moglie ad accettare subito e a domandare la divisione se la comunione presenta dei vantaggi. Che cosa si deve dunque conchiudere dalla sua inazione? Che la comunione è cattiva, che la moglie non ha alcun interesse ad accettarla, e che quindi è rinunciante (2).

Ciò è verissimo in teoria; ma rimane una difficoltà di testo e di principii. L'art. 1463 deroga alla norma stabilita dall'art. 1453. Si può estendere una disposizione eccezionale? Il silenzio tenuto dalla moglie per tre mesi e quaranta giorni importa la decadenza dal diritto d'opzione. Si può pronunciare una decadenza per via d'analogia? Secondo l'opinione generale, come diremo, l'art. 1463 stabilisce una presunzione di rinuncia. Ma possono le presunzioni legali essere estese da un caso ad un altro? Ecco ben serii motivi di dubbio. Il testo conferma questi dubbi. Esso non parla che della moglie separata di corpo o divorziata. Se l'intenzione del legislatore fosse stata di equiparare la moglie separata di beni a quella separata personalmente o divorziata, perchè non l'avrebbe detto? Deve esservi una ragione di questo silenzio. La legge parla della moglie vedova, indi della moglie separata di corpo o divorziata, e non dice nulla di quella separata di beni. Perchè questa omissione? (3).

Quanto dicono gli scrittori è tutt'altro che soddisfacente. La separazione dei beni, osservano i più, si confonde colla separazione personale, poichè questa importa sempre separazione di beni (art. 311). L'argomento può ritorcersi contro coloro che l'invo-

(1) Cfr. TROPLONG, t. II, p. 24, n. 1574.
(2) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. V, p. 415, nota 13, § 517.
(3) Cfr. BELLOT DES MINIÈRES, t. II, p. 312.

cano. Se la legge avesse inteso parlare della separazione dei beni in generale, sia che essa proceda dalla separazione di corpo, sia che il tribunale la pronunci sulla domanda della moglie, l'art. 1463 avrebbe dovuto dire « la moglie *separata di beni* », il che avrebbe compreso la moglie *separata di corpo*, ma la espressione *moglie separata di corpo* non comprende la moglie *separata di beni*. Altri autori si levano d'impaccio col comodo mezzo di presunzioni immaginate da loro. L'articolo 1463, essi dicono, si fonda sopra una presunzione la quale risulta da probabilità. Ora le probabilità di rinuncia sono maggiori nel caso di separazione di beni che in quello di separazione di corpo. Dunque vi ha una presunzione più forte, e quindi anche la moglie separata di beni deve essere rinunciante per argomento *a fortiori*. Chi non vede che questo ragionamento consiste in presunzioni dell'uomo, che si invocano per estendere una presunzione legale, il che è contrario ad ogni principio? Duranton, sempre misurato nelle sue opinioni, si esprime con titubanza. « Si presume, egli dice, che la moglie separata di beni non voglia accettare una comunione in disordine ». Indi soggiunge: « Del resto, è sempre più regolare fare la rinuncia » (in cancelleria) (1). La giurisprudenza non ci offre maggiori lumi. Una sentenza d'Agen non fa che riportare la dottrina degli scrittori che già abbiamo esaminata (2). Vi ha una sentenza in senso contrario della Corte di Rouen la quale decide che l'articolo 1463 non s'applica alla moglie separata di beni (3).

Che l'intenzione degli autori del codice sia stata di non comprendere la moglie separata di beni nell'art. 1463, non ci pare dubbio. Ricordiamoci che l'art. 1444 dichiara nulla la separazione di beni se non è stata eseguita mediante il reale soddisfacimento dei diritti e delle riprese della moglie, o almeno con atti cominciati nei quindici giorni dalla sentenza. A che cosa tendono questi atti e quale è l'oggetto del pagamento? A soddisfare la moglie di tutto ciò che le spetta in caso di separazione, e quindi a darle, oltre alle sue riprese, la sua quota nella comunione. La moglie deve dunque, se vuol accettare, chiedere subito la liquidazione della comunione. Se non lo fa e non reclama le sue riprese, la sentenza che ha pronunciato la separazione è nulla, vale a dire che la comunione non è risolta. Con questo sistema non era il caso d'occuparsi del termine oltre il quale la moglie separata era ritenuta rinunciante. La moglie doveva, se voleva lo scioglimento della comunione, agire e pronunciarsi, per conseguenza, entro i quindici giorni. Non era dunque il caso di applicarle il termine di tre mesi e quaranta giorni. La disposizione dell'art. 1463 le è affatto estranea.

---

(1) Odier, t. I, p. 428, n. 456. Marcadé, t. V, p. 618, n. III dell'art. 1463. Duranton, t. XIV, p. 584, n. 459.

(2) Agen, 14 maggio 1861 (Dalloz, 1861, 2, 226).

(3) Rouen, 10 luglio 1826 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2250).

Il codice di procedura (art. 174) ha derogato all'articolo 1444, come abbiamo detto più sopra, in quanto riguarda i diritti che spettano alla moglie sulla comunione. Esso le accorda un termine di tre mesi per fare inventario e di quaranta giorni per deliberare. Ne risulta che la moglie non deve più eseguire la sentenza nei quindici giorni, nè, per conseguenza, decidersi entro questo termine, ma bisogna sempre che lo faccia nel termine di tre mesi e quaranta giorni sotto pena di nullità della separazione. In questo senso l'art. 1463 non le è applicabile (1). Lascieremo dunque da parte la moglie separata di beni per non occuparci, come fa l'art. 1463, che della moglie divorziata o separata di corpo.

408. Il termine stabilito dall'art. 1463 dà luogo ad una lieve difficoltà. Esso comincia a decorrere, secondo le espressioni della legge, « dal divorzio o dalla separazione di corpo *definitivamente pronunciati* ». Le parole *definitivamente pronunciati* si riferiscono alla sentenza che ha ordinato il divorzio o la separazione personale. Non vi ha dubbio in quanto riguarda la separazione di corpo, poichè essa esiste in forza della sentenza del giudice. Per sentenza definitivamente pronunciata, la legge intende la sentenza che non può più essere impugnata coi rimedi ordinarii. Allora soltanto la separazione di corpo è definitiva, e la moglie deve pensare alle sistemazioni dei suoi interessi pecuniarii. È questa l'interpretazione data dalla Corte di cassazione (2), e l'ammettono tutti gli scrittori. Il divorzio non si pronuncia con sentenza. Il giudice si limita a ritenere applicabile il divorzio, ed autorizza l'attore, in caso di divorzio per causa determinata, a presentarsi avanti l'ufficiale dello stato civile per farlo pronunciare (art. 258). Quando il divorzio è domandato per mutuo consenso, le parti devono presentarsi insieme e personalmente davanti l'ufficiale dello stato civile per farlo pronunciare. Se non si presentano nei venti giorni, il giudizio sarà come non avvenuto (art. 294). Il termine dell'art. 1463 non può quindi decorrere, in caso di divorzio, dal giorno in cui la sentenza è passata in giudicato. Esso decorre dal giorno in cui l'ufficiale dello stato civile ha pronunciato il divorzio (3).

409. Quali sono i diritti della moglie divorziata o separata di corpo? L'art. 1463 dice reputarsi che essa abbia rinunciato alla comunione quando non l'ha accettata entro tre mesi e quaranta giorni. Essa può dunque accettare, ma deve farlo prima che scada questo termine. L'accettazione può essere espressa o tacita, poichè la legge non distingue. Ciò venne posto in discussione. Rimandiamo a quanto ne dicemmo più sopra (n. 380).

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 278, n. 115 *bis* I.
(2) Rigetto, 2 dicembre 1834 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2129).
(3) Rodière e Pont, t. II, p. 316, n. 1042. Aubry e Rau, t. V, p. 415, nota 15, § 517.

La moglie può pur rinunciare entro questo termine. Si ammette anzi che possa farlo prima della sentenza quando si tratta della separazione di beni e, per conseguenza, della separazione di corpo. A nostro avviso, non è concepibile la rinunzia ad un diritto non ancora aperto (n. 352). Qualunque sia il partito che la moglie voglia prendere, essa non è obbligata a fare inventario. Anche questo venne contestato. Ma può parlarsi d'una obbligazione legale senza legge? La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso (1). Non vi era d'altronde alcuna ragione per esigere un inventario. La vedova non deve fare inventario neppure quando rinuncia nei tre mesi. È soltanto per conservare il diritto di rinunciare dopo questo termine ch'essa è obbligata di fare inventario. Ora, la moglie divorziata o separata di corpo non può conservare il diritto di rinunciare, poichè si reputa rinunciante in forza della legge.

410. L'art. 1463 dice che la moglie divorziata o separata di corpo può, se è ancora nel termine di tre mesi e quaranta giorni, ottenerne la proroga dall'autorità giudiziaria in contraddittorio col marito o dopo che il medesimo sia stato debitamente citato. Questa proroga è di diritto in tutti i casi in cui la legge accorda un termine per fare inventario e per deliberare. Fu giudicato che la moglie gode dello stesso beneficio nel caso che sia stata impedita di esercitare il diritto d'opzione che le spetta nel termine di tre mesi e quaranta giorni da contestazioni che non era in poter suo di far cessare. Nella specie, la questione non era dubbia, perchè il marito aveva consentito alla proroga del termine, non considerando la moglie come rinunciante, malgrado che il termine fosse trascorso. Siccome la disposizione dell'art. 1463 ha per unico oggetto gli interessi dei coniugi, la Corte ha potuto decidere che la moglie era in diritto di opporre al marito il fatto suo proprio (2).

411. A termini dell'art. 1463, la moglie divorziata e separata di corpo è *ritenuta* rinunciante quando non ha accettato la comunione nel termine di tre mesi e quaranta giorni. La parola *ritenuta* esprime una presunzione? È questa presunzione ammette la prova contraria? La maggior parte degli autori insegnano che la legge stabilisce una presunzione di rinuncia, ma che la moglie non è ammessa alla prova contraria (3). Se vi fosse presunzione, bisognerebbe dire che la prova contraria è ricevibile. Infatti, l'art. 1352 pone il principio che la presunzione legale può essere impugnata colla prova contraria. Non vi sono che due eccezioni a questa regola. La sola che si potrebbe in-

---

(1) Rouen, 10 luglio 1826, e Grenoble, 12 febbraio 1830 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, nn. 2250 e 170). Cfr. MARCADÉ, t. V, p. 613, n. I dell'art. 1463. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 448, n. 1170.

(2) Rennes, 26 giugno 1851 (DALLOZ, 1852, 2, 246).

(3) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 449, n. 1171. MARCADÉ, t. V, p. 616, n. II dell'articolo 1463. Agen, 21 dicembre 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 160).

vocare nella specie è la seconda, vale a dire che, negando la legge alla moglie l'azione giudiziaria, nessuna prova è ammessa contro la presunzione. Ma si può dire che la legge nega l'azione giudiziaria alla moglie divorziata e separata di corpo che non accetta nel termine legale? La legge dichiara la moglie decaduta dal suo diritto d'opzione. Ora, questo diritto si esercita senza azione giudiziaria. Tanto ciò è vero che l'accettazione della moglie può essere tacita. Essa risulta da un fatto della moglie, indipendente da ogni azione giudiziaria. Il testo che consacra l'eccezione non essendo applicabile, la moglie può invocare la regola. Se dunque vi fosse presunzione, la moglie dovrebbe essere ammessa a provare che non ha inteso rinunciare, e che, pertanto, è ancora in diritto d'accettare.

Noi non crediamo che la legge stabilisca una vera presunzione (1). L'art. 1463 deroga alla disposizione dell'art. 1453, il quale accorda alla moglie il diritto d'opzione, in termini assoluti, senza esigere che questo diritto sia esercitato entro un dato termine e qualunque sia la causa che ha prodotto lo scioglimento della comunione. La regola è dunque questa: La moglie ha trent'anni per esercitare il suo diritto d'opzione. Trascorso questo termine, essa diviene estranea alla comunione. L'art. 1453 non dice che la moglie è ritenuta rinunciante, ma il risultato è lo stesso, il suo diritto d'opzione è prescritto, essa non può più accettare, e si trova dunque nella condizione della moglie che ha rinunciato. L'art. 1463 deroga a questa regola quando si tratta della moglie divorziata o separata di corpo. Mentre la moglie vedova ha trent'anni per esercitare il suo diritto d'opzione, la moglie divorziata o separata di corpo deve esercitarlo entro tre mesi e quaranta giorni. Se non lo esercita, che cosa ne risulterà? La legge dice che è ritenuta rinunciante. Essa non può più accettare; essa ha perduto il suo diritto d'opzione, come la moglie vedova lo perde dopo trent'anni.

Si obbietta la lettera della legge. L'art. 1463 non dice che la moglie è rinunciante, sibbene che la moglie è *ritenuta* rinunciante, la qual cosa indica che vi ha una semplice presunzione. Rispondiamo che la parola *ritenuta* non designa sempre una presunzione. L'art. 785 dice che l'erede il quale rinuncia è *ritenuto* come non sia mai stato erede. È questa una semplice presunzione? No, certamente. È una disposizione della legge la quale dichiara l'erede rinunziante estraneo all'eredità. Vi è una certa opposizione fra la realtà ed il fatto, perchè il successibile rinunciante è stato erede. La parola *ritenuto* esprime questa opposizione. L'art. 883 dice, nello stesso senso, che ciascun

(1) Vedi, in senso contrario, COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 277, n. 119 *bis* II. Lo scrittore insegna che la moglie divorziata o separata di corpo può sempre accettare, come la vedova può sempre rinunciare. Questa opinione risente del sistema dell'autore che abbiamo combattuto (n. 400).

erede è *ritenuto* esser successo da solo agli oggetti compresi nella sua quota. Qui la finzione è completa. Ma la finzione non è una presunzione. Anche nel caso dell'art. 1463 può darsi che la decisione della legge sia una finzione. Essa suppone che la moglie rinunci pel fatto solo che non accetta. Questa supposizione può non essere fondata. Non sarebbe forse per indicare questo concetto che la legge si serve dell'espressione secondo cui la moglie è *ritenuta* aver rinunciato? Ad ogni modo la parola *ritenuto*, usata sovente dal codice civile, non indica una presunzione.

Noi non ammettiamo che una sola eccezione all'art. 1463, nel caso cioè che la moglie fosse stata indotta a non accettare dai raggiri fraudolenti del marito. Essa potrebbe, in questo caso, accettare. È il diritto comune. L'eccezione di frode e di dolo non ha bisogno di essere scritta nella legge, essa è di diritto. La moglie può impugnare, per causa di dolo, l'accettazione che abbia fatto della comunione (art. 1485), come può domandare la nullità della rinuncia espressa che le fu carpita con dolo. Perchè non potrebbe essa ritornare sulla rinuncia tacita dell'art. 1463? Vi ha una sentenza della Corte di Bruxelles in questo senso (1).

N. 3. — Forme della rinuncia.

412. La rinuncia alla comunione, come la rinuncia alla successione, è, per principio, un atto solenne, e la solennità è la stessa. L'art. 1457 dispone: « Entro tre mesi e quaranta giorni dalla morte del marito la moglie superstite deve fare la rinuncia nella cancelleria del tribunale di prima istanza nella cui circoscrizione il marito aveva il suo domicilio. Questo atto deve essere scritto sul registro destinato a ricevere le rinuncie alle successioni ». Rimandiamo, quanto ai motivi ed ai particolari, al titolo dove è la sede della materia (t. IX, n. 428).

413. Quando si dice che la rinuncia è un atto solenne, si suppone trattarsi dei rapporti della moglie superstite coi terzi creditori. Fra il marito e la moglie o i loro eredi, la rinuncia può farsi per via di convenzione, la quale, s'intende, spiegherà effetto soltanto tra le parti contraenti. La Corte di Nimes ha giudicato così e la sua decisione venne confermata da una sentenza di rigetto. Se la legge prescrive un atto autentico per la rinuncia e la pubblicità, è unicamente nell'interesse dei creditori, i quali devono conoscere se la moglie accetta o se rinuncia, affinchè sappiano contro chi devono rivolgere i loro atti. Quando non è in causa il loro interesse, la moglie e gli eredi del marito possono fare quelle convenzioni che credono convenienti. La legge non interviene nella sistemazione degli interessi pu-

(1) Bruxelles, 16 febbraio 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 288).

ramente privati. Essa lascia, a questo riguardo, piena libertà alle parti (1).

414. L'art. 1457 non parla che della moglie superstite. Che dovrà dirsi della moglie divorziata, separata di corpo e di beni? Il codice civile non prescrive alcuna formalità in questi casi, perchè nel sistema dell'art. 1463 la rinuncia è tacita, in questo senso, che la moglie divorziata o separata di corpo non ha bisogno di fare una rinuncia in cancelleria. Basta ch'essa non abbia accettato nel termine di tre mesi e quaranta giorni perchè sia rinunciante. I terzi sono dunque avvertiti dalla legge e dall'inazione della moglie. Secondo la nostra opinione, l'art. 1463 non è applicabile alla moglie separata di beni. Il codice di procedura conferma questa interpretazione. Infatti, l'art. 874 stabilisce: « La rinuncia della moglie separata di beni sarà fatta nella cancelleria del tribunale che ha pronunciato la separazione ». Non vi ha una disposizione analoga per la moglie separata di corpo o divorziata. Esse possono, senza dubbio, fare la loro rinuncia in cancelleria, ma è un atto inutile, poichè basta la rinuncia tacita. Se la legge prescrive un atto solenne per la moglie separata di beni, è perchè a suo riguardo la rinuncia non è tacita.

415. Bisogna applicare alla moglie separata di beni quanto abbiamo detto della moglie superstite. La solennità della rinuncia non è richiesta che a riguardo dei terzi creditori. Fra il marito e la moglie la rinuncia può farsi per via di convenzione. La Corte di cassazione ha giudicato così, in applicazione del principio generale che attribuisce forza obbligatoria ad ogni convenzione intervenuta sopra interessi privati, quando l'ordine pubblico e i buoni costumi non sono in causa. Nel caso concreto, la moglie aveva espressamente rinunciato alla comunione, anzitutto nelle conclusioni prese nella domanda di separazione, poi col consenso che aveva dato, nella liquidazione delle sue riprese, a che il marito approfittasse da solo dei valori della comunione senza fare altra riserva che quella di esercitare, al caso, i suoi diritti di sopravvivenza. Questo consenso era stato accettato dal marito, sanzionato e messo in esecuzione dalla sentenza che aveva liquidato i diritti della moglie. Vi era dunque contratto, il che bastava per vincolare la moglie verso il marito. La moglie, magrado la sua rinuncia, provocò la divisione della comunione. La sua domanda venne respinta (2).

---

(1) Rigetto, 4 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 131). Vedi il vol. IX dei miei *Principii*, n. 432.

(2) Dijon, 9 agosto 1826, e Rigetto, 8 novembre 1827 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2251).

N. 4. — Da chi e per quali cause la rinuncia può essere impugnata.

416. È stato giudicato che, a differenza della rinuncia alla successione, la rinuncia alla comunione è irrevocabile, nel senso che la moglie rinunciante non può più ritornarvi sopra (1). La Corte di Bruxelles allude all'articolo 790, il quale promette all'erede rinunciante di accettare ancora la successione finchè non venne accettata da altri eredi e non sia compiuta la prescrizione del diritto ereditario. Questa disposizione, affatto eccezionale, non può essere applicata alla moglie in comunione. Sarebbe stata necessaria una disposizione espressa perchè la moglie potesse ritornare sulla sua rinuncia dopo che ha consumato il suo diritto d'opzione. Il silenzio della legge basta perchè si debba mantenere il principio in virtù del quale la manifestazione di volontà della moglie è irrevocabile, sia che rinunci, sia che accetti.

417. Ma la moglie può impugnare la sua rinuncia nei casi in cui può impugnare la sua accettazione. Quando è minorenne, deve intervenire il Consiglio di famiglia per autorizzarla a rinunciare alla comunione. Se rinuncia senza essere autorizzata, l'atto è nullo nella forma e, per conseguenza, la moglie può domandarne l'annullamento, provando che non sono state osservate le formalità. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra dell'accettazione (n. 390). I principii sono identici.

La moglie maggiorenne può impugnare la sua rinuncia quando vi è stato dolo da parte degli eredi del marito. È vero che la legge non dice della rinuncia quello che dice dell'accettazione (art. 1455), ma era affatto inutile dirlo, poichè l'art. 1455 si limita ad applicare all'accettazione i principii che reggono ogni manifestazione di volontà, e gli stessi principii sono applicabili alla rinuncia (2).

La Corte di cassazione ha giudicato che la moglie doveva agire nei dieci anni, in virtù dell'art. 1304, ma che il termine non comincia a decorrere, conformemente a questo articolo, che dal giorno in cui il dolo è stato scoperto. È una questione di fatto il cui apprezzamento appartiene al giudice del merito (3). Ciò suppone che la rinuncia sia convenzionale, perchè la prescrizione di dieci anni stabilita dall'art. 1304 non è applicabile che all'azione di nullità delle convenzioni. Nel caso deciso dalla Corte di cassazione la rinuncia aveva avuto luogo per transazione. Se fosse stata fatta in cancelleria, senza convenzione, l'art. 1304 non sarebbe stato più applicabile. Si sarebbe rientrati nella re-

(1) Bruxelles, 5 agosto 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 355).
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 416, nota 19, § 517 (4.ª ediz.).
(3) Rigetto, 10 dicembre 1816 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2244).

gola generale, secondo cui ogni azione si prescrive in trent'anni.

418. A termini dell'art. 1464, « i creditori della moglie possono impugnare la rinuncia che fosse stata fatta da lei o dai suoi eredi *in frode* dei loro crediti, ed accettare la comunione per loro conto ». È l'applicazione del principio dell'azione pauliana. I creditori possono impugnare gli atti compiuti dal debitore in frode dei loro diritti (n. 1167). Si domanda se i creditori della moglie devono provare che la rinuncia è fraudolenta. La domanda sembra strana quando si legge l'articolo che abbiamo trascritto. Può esservi un'azione pauliana senza frode? Eppure eccellenti scrittori insegnano che nell'art. 1464 alle parole *in frode dei loro diritti* bisogna sostituire le espressioni *in danno dei loro diritti* (1). Sono i termini dell'art. 788 che prevede il caso identico della rinuncia ad una successione e che pare accordi l'azione pauliana ai creditori per ciò solo che la rinuncia è loro dannosa. Abbiamo esaminato, al titolo delle *Obbligazioni*, la difficoltà che presentano le rinuncie in quanto concerne l'azione pauliana. Ci pare che logicamente l'art. 1167, il quale stabilisce il principio e che esige la frode, debba prevalere ad una disposizione la quale non fa che applicare il principio. Ci sembra soprattutto impossibile cambiare il testo dell'art. 1464, quando questa disposizione non fa che applicare la regola dell'art. 1167. Se errore vi ha nella legge, è nell'art. 788, che si scosta dal principio, e non nell'art. 1464, che l'applica. Noi manteniamo dunque la condizione della frode, senza la quale non potrebbe esservi azione pauliana (2).

419. Quale è l'effetto della sentenza che annulla la rinuncia? Quando è la moglie che domanda la nullità per causa di minorità o per causa di dolo, essa si trova rimessa nello stato in cui si trovava prima d'aver rinunziato, vale a dire che conserva il suo diritto d'opzione e lo esercita secondo il diritto comune. Se i creditori hanno ottenuto l'annullamento della rinuncia fatta in frode dei loro diritti, la sentenza non produce effetto che a loro riguardo e nel loro interesse. La rinuncia sussiste quanto alla moglie. È il diritto comune in materia d'azione pauliana. Il debitore che agisce in frode dei suoi creditori non può approfittare dell'annullamento dell'atto fraudolento, nessuno potendo ritrarre un vantaggio dal proprio dolo. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni*.

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 416, nota 22, § 517. Duranton, t. XIV, p. 585, numero 462.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 279, n. 121 *bis*.

N. 5. — Effetto della rinuncia.

420. Il codice regola gli effetti della rinuncia dopo aver trattato della divisione della comunione, alla quale si procede quando la moglie l'accetta. Seguiremo lo stesso ordine. Pel momento non dobbiamo occuparci che del principio. La legge non dice quale sia l'effetto della rinuncia. Bisogna applicare per analogia l'art. 785, a termini del quale l'erede che rinuncia si reputa come se non fosse mai stato erede. La moglie che rinuncia si ritiene dunque che non sia mai stata associata. La comunione resta al marito od ai suoi eredi per l'attivo e pel passivo (1). L'art. 785 non si esprime in termini così assoluti. Esso dice *ritenersi* che l'erede non sia mai stato erede. Questa espressione, come abbiamo detto (n. 411), implica una specie di finzione. È impossibile, specialmente in materia di comunione, che la rinuncia della moglie distrugga tutto ciò che si è fatto dopo la celebrazione del matrimonio. E se la moglie si è obbligata personalmente coll'autorizzazione del marito, essa rimane tenuta, in confronto dei creditori, all'obbligazione che ha contratto. Il marito ha amministrato i beni della moglie, e tutti gli atti che ha fatto restano validi, malgrado la rinuncia della moglie. La finzione della retroattività non è applicabile che nei limiti della legge. Diremo più avanti quali sono questi limiti.

§ IV. — *Diritti degli eredi della moglie.*

421. La legge accorda il diritto d'opzione agli eredi della moglie (art. 1453). Questi godono dunque, per principio, degli stessi diritti della moglie. Per l'applicazione del principio, bisogna distinguere se la comunione si sciolga per la morte della moglie, o per la morte del marito, e se la moglie venga a morire prima d'aver potuto esercitare il suo diritto d'opzione.

N. 1. — Scioglimento della comunione per morte della moglie.

422. Gli eredi della moglie hanno il diritto d'opzione. Non vi ha alcuna difficoltà quando s'intendono. Essi accetteranno o rinunceranno. Ma che dovrà dirsi quando non sono d'accordo? L'uno vuol accettare, l'altro vuol rinunciare. Possono prendere ciascuno il partito che preferiscono? L'art. 1475 risponde alla nostra domanda. Esso suppone che gli eredi della moglie siano divisi, per modo che l'uno accetta la comunione alla quale l'altro ha rinunziato. La legge regola le conseguenze che risultano da

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 453, n. 1179.

questo stato di cose, e quindi lo accetta come legittimo. È la dottrina di Pothier. Il diritto, egli scrive, spettante alla moglie di conseguire metà dei beni della comunione è divisibile, poichè ha per oggetto qualche cosa di divisibile, i beni che compongono la comunione essendo divisibili, almeno intellettualmente, il che basta perchè il diritto sia divisibile. Donde segue che il diritto della moglie si divide *ipso jure* fra i suoi eredi, come tutti gli altri diritti divisibili ch'essa lascia nel suo patrimonio. Ciascuno degli eredi vi succede per la sua quota ereditaria (1). Pothier considera il diritto della moglie, sotto il rapporto dell'accettazione, come un diritto sui beni. Ma se il diritto è divisibile quando gli eredi accettano, è divisibile anche quando rinunciano, poichè il modo di usare d'un diritto non ne cambia la natura. Così se la moglie lascia quattro eredi succedenti ciascuno per un quarto, il diritto alla comunione si divide tra di loro. Ciacuno ne consegue la quarta parte, ed usa di questa come crede, sia accettandolo, sia rinunciandovi.

423. Gli eredi si dividono. Nell'esempio che abbiamo tolto da Pothier, l'uno dei quattro eredi accetta, gli altri rinunciano. Quale è il diritto dell'accettante, e che cosa diventa il diritto dei rinuncianti? L'art. 1475 dice che colui il quale ha accettato non può prendere che la sua parte *virile* ed *ereditaria* sui beni devoluti alla quota della moglie. La parola *virile* è di troppo. Essa suppone che la parte degli eredi sia eguale. Così può infatti accadere, ma può darsi anche il contrario; e se le parti sono disuguali, non è più esatto dire che l'accettante prende una parte virile; egli consegue una quota ereditaria. Su questo punto non vi ha alcun dubbio.

La legge s'esprime restrittivamente. Essa dice che l'erede accettante non può prendere *che la sua parte ereditaria.* Questo implica che egli non ha alcun diritto sulle parti dei rinuncianti. Rimane a sapersi che cosa diventino queste parti. L'art. 1475 dice che « il resto rimane al marito ». È dunque il marito che profitta della parte dell'erede che rinuncia. Gli autori del codice hanno seguito, su questo punto, l'opinione di Pothier. La questione era controversa nell'antico diritto. Lebrun sosteneva che la parte dei rinuncianti doveva accrescersi all'accettante. È un errore. Pothier lo prova all'evidenza (2). Bisogna anzitutto lasciar da parte l'accrescimento che si fa tra collegatari, poichè gli eredi della moglie vengono come successori *ab intestato.* Ora, nell'eredità legittima non vi ha luogo al diritto d'accrescimento propriamente detto. Se l'erede che accetta raccoglie la parte di quello che rinuncia, è per diritto di non decrescimento, perchè egli è chiamato a tutta l'eredità, avendo dovuto accet-

---

(1) POTHIER, *Della comunione,* n. 577.

(2) POTHIER, *Della comunione,* n. 578. DUVERYRIER, *Relazione,* n. 40 (LOCRÉ, t. VI, p. 426).

tarla tutta intera. Nella successione alla quale supponiamo che siano chiamati quattro eredi della moglie, si trova il diritto della moglie sulla comunione. Tre eredi rinunciano a questa comunione, ma restano eredi. Anzi rinunciando alla comunione essi fanno atto d'erede, perchè non possono rinunciare ad un diritto che sta nella successione se non accettando l'eredità. Siccome ognuno rimane erede e raccoglie la sua quota ereditaria, non può essere questione di non decrescimento, perchè, ove vi sono quattro eredi accettanti che prendono ciascuno la sua parte, nulla decresce ad alcuno di loro. La parte degli eredi che rinunciano alla comunione non può dunque tornare a profitto dell'erede che l'ha accettata. Non vi è nulla di cambiato nella loro condizione per questa rinuncia. Ciascuno ha usato del diritto d'opzione a suo modo, l'uno accettando, gli altri rinunciando. Ma perchè la parte dei rinuncianti rimane al marito? È l'applicazione dei principii che reggono la rinuncia della moglie. Quando essa rinuncia, si ritiene che non sia mai stata in comunione; essa non ha alcun diritto sulla comunione e quindi i beni che la compongono restano del marito, che ne aveva già la proprietà. Ciò che è vero del marito è vero dei suoi eredi. Tre eredi rinunciano. Si reputa che la moglie non sia mai stata in comunione per le loro parti, e quindi queste parti devono restare al marito. Il risultato sembra singolare, ed è questa singolarità che ha ingannato Lebrun. La moglie sarà stata in comunione soltanto per un quarto, e per gli altri tre quarti non sarà stata in comunione. Nulla di più semplice dal punto di vista dei principii. È una conseguenza giuridica della divisibilità del diritto della moglie in comunione.

424. Il secondo alinea dell'art. 1475 richiede qualche spiegazione. Esso stabilisce: « Il residuo rimane al marito, coll'obbligo di rispondere, da solo, verso l'erede rinunciante, dei diritti che la moglie avrebbe potuto esercitare in caso di rinuncia, ma soltanto fino a concorrenza della porzione virile ereditaria del rinunciante ». D'ordinario s'interpreta questa disposizione nel senso che essa suppone una clausola di comunione convenzionale, la clausola, cioè, colla quale la moglie si riserva il diritto di riprendere il suo contributo in caso di rinuncia (1). Questo non è perfettamente esatto. La legge è senza dubbio applicabile a questa clausola, ma nulla nel testo lo suppone, e difficilmente si comprenderebbe che il legislatore avesse in vista, trattando della comunione legale, una clausola di comunione convenzionale. Bisogna dunque anzitutto applicare l'art. 1475 alla comunione legale, poi l'applicheremo alla clausola dell'art. 1504.

425. La moglie che rinuncia ha dei diritti da esercitare, anche sotto il regime della comunione legale. A termini dell'art. 1493, essa riprende i suoi immobili che esistono in natura o quelli

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 378, n. 1098.

che sono stati acquistati in reimpiego, il prezzo dei beni proprii alienati di cui non è stato fatto reimpiego e tutte le indennità che possono esserle dovute dalla comunione a titolo di compenso. Quando uno degli eredi della moglie rinuncia, esercita i suoi diritti per la sua parte ereditaria. Se vi sono quattro eredi e tre rinunciano, ciascun d'essi esercita i diritti dell'art. 1494 per un quarto. I tre rinuncianti riprenderanno dunque i tre quarti degli immobili della moglie o degli immobili acquistati in reimpiego, tre quarti del prezzo dei beni proprii non reimpiegati ed i tre quarti delle indennità. Il marito ha l'obbligo, come dice l'art. 1475, di soddisfare questi diritti. Egli ne ha in compenso la parte che i rinuncianti avrebbero avuta nell'attivo.

La moglie rinunciante può anche avere un regresso da esercitare contro il marito pei debiti personali a costui. Essa resta tenuta a questi debiti a riguardo dei creditori, ma se li paga ha regresso contro il marito (art. 1494). I suoi eredi hanno lo stesso diritto in proporzione della loro quota ereditaria, ed hanno questo diritto sia che accettino, sia che rinuncino. Ma vi ha una differenza quanto all'estensione del diritto. Quelli che accettano sono tenuti ai debiti per metà, almeno fino alla concorrenza della loro parte nei beneficii della comunione. Essi non hanno dunque regresso che per quanto eccede questa porzione. Quelli invece che rinunciano, quantunque tenuti personalmente in confronto dei creditori, non contribuiscono ai debiti in confronto del marito, ed hanno quindi regresso per tutto quanto hanno dovuto pagare in dipendenza della loro parte ereditaria (1).

426. La moglie può stipulare la ripresa del suo contributo in caso di rinuncia. Quelli dei suoi eredi che rinunciano hanno diritto a questa ripresa nella proporzione del loro diritto ereditario. Se tre rinunciano, come abbiamo supposto, e succedono ciascuno per un quarto, il marito dovrà restituir loro i tre quarti del contributo della moglie, coll'onere in essi di contribuire nello stessa proporzione ai debiti che la moglie deve sopportare secondo l'art. 1504. È l'opinione di Pothier che il codice ha consacrato nell'art. 1475. Vi ha un motivo di dubitare. Il contributo della moglie entra in comunione sotto l'impero della clausola dell'art. 1504. Si potrebbe conchiuderne che la restituzione del contributo è un debito di comunione e, per conseguenza, far contribuire a questo debito l'erede accettante. Pothier risponde, e la risposta è perentoria, che la restituzione del contributo non è un debito di comunione, perchè il marito vi è tenuto solo quando la moglie rinuncia. È il prezzo dell'abbandono che la moglie fa della sua parte nell'attivo comune, ed è giusto che il prezzo sia pagato da colui al quale l'abbandono profitta. E chi profitta della rinuucia? Il solo marito, secondo il sistema di

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 301, n. 135 *bis* IV e V.

Pothier, consacrato dall'articolo 1475. Anche la legge dice che il *marito* ha l'obbligo di rispondere, a riguardo dell'erede rinunciante, dei diritti che la moglie avrebbe potuto esercitare in caso di rinuncia (1).

427. Non bisogna confondere il caso previsto dall'art. 1475, il caso, cioè, in cui uno degli eredi della moglie rinunci alla comunione, con quello in cui uno degli eredi rinunci alla successione. In quest'ultima ipotesi si applica l'art. 786. La parte del rinunciante si accresce ai suoi coeredi che accettano, e, per conseguenza, il diritto alla comunione, di cui questo erede avrebbe goduto se avesse accettato, profitta egualmente ai suoi coeredi. E la conseguenza del diritto d'accrescimento, per meglio dire, di non decrescimento che ha luogo in caso di rinuncia alla successione. Quegli che rinuncia alla successione rinuncia anche al suo diritto alla comunione che si trova nella successione medesima. Questo diritto si trasmette dunque, colla successione, agli eredi del rinunciante (2). Se tutti i figli della moglie rinunciano, la successione è devoluta agli eredi del grado susseguente (3).

428. Gli eredi della moglie hanno il diritto d'accettare o di rinunciare, diritto individuale di cui ciascuno usa come *erede*. Questo diritto è soggetto alle stesse condizioni del diritto d'opzione della moglie? L'art. 1456 risponde alla domanda. Esso è così concepito: « Nel caso di scioglimento della comunione per morte della moglie, i suoi eredi possono rinunciare alla comunione nei *termini* e nelle *forme* che la legge prescrive alla moglie superstite ». Questa disposizione ha dato luogo ad una difficoltà sulla quale la dottrina e la giurisprudenza sono divise. Gli eredi devono fare inventario nei tre mesi dalla morte per conservare la facoltà di rinunciare dopo questo tempo? In altri termini, l'art. 1456 si applica agli eredi della moglie? La giurisprudenza francese si è pronunciata per la negativa (4), mentre gli scrittori professano generalmente l'opinione contraria (5). Una recente sentenza della Corte di Liegi ha giudicato in quest'ultimo senso (6). Crediamo sia questa l'opinione da preferirsi, e, a nostro avviso, essa s'appoggia sul testo medesimo della legge, benchè il

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 579. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 302, numero 135 *bis* VI.

Vi ha ancora una difficoltà, quando la comunione è esclusivamente mobiliare, e vi ha un legatario dei mobili e uno degli immobili. Il legatario dei mobili accetta e quello degli immobili rinuncia. Quale sarà il diritto e quale l'obbligo del legatario accettante? Rimandiamo a COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 302, n. 135 *bis* VII. Cfr. DURANTON, t. XIV, p. 600, n. 479, e POTHIER, *Della comunione*, n. 579.

(2) DURANTON, t. XIV, p. 599, n. 479.

(3) Rouen, 30 giugno 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 172).

(4) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. V, p. 420, nota 33, § 517. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 450, nota 3, e DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2283.

(5) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU e RODIÈRE e PONT, t. II, p. 450, nota 4. In senso contrario, COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 282, n. 123 *bis* II.

(6) Liegi, 24 maggio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 217) cassata dalla sentenza 14 gennaio 1875 (*ibid.*, 1875, 1, 79).

testo sia invocato anche dalla giurisprudenza contraria. L'articolo 1466, si dice, non obbliga gli eredi a fare inventario entro i tre mesi per conservare la facoltà di rinunciare dopo questo termine, il che sembra decida la questione. Si tratta di sapere quale è il senso di queste parole, che gli eredi della moglie possono rinunciare alla comunione nei *termini* che la legge prescrive alla moglie superstite. Ebbene, noi diciamo che l'articolo 1456 decide una questione di termine. Infatti, come già abbiamo osservato, l'art. 1456 deroga all'art. 1453, pur applicandolo. In virtù dell'art. 1453, la moglie ha trent'anni per esercitare il suo diritto d'opzione. L'art. 1456 mantiene questo diritto subordinandolo ad una condizione, che la vedova, cioè, faccia inventario nei tre mesi. Essa ha dunque, nei tre mesi, il pieno esercizio del suo diritto d'opzione. Oltre questo termine non lo conserva che a condizione di fare inventario nel termine stesso. Dunque l'obbligo di fare inventario nei tre mesi è una questione di termine. Essa è prescritta perchè la moglie superstite conservi il suo diritto d'opzione dopo il termine di tre mesi. Segue da ciò che l'articolo 1466, dicendo che gli eredi della moglie possono rinunciare *nei termini* che la legge prescrive alla moglie, decide implicitamente ch'essi devono fare inventario nel termine di tre mesi se vogliono conservare il loro diritto d'opzione dopo questo termine.

Si obbietta che l'art. 1456 non parla che della *moglie* superstite e non menziona i suoi eredi. L'obbiezione è senza valore. L'art. 1453, il primo della sezione IV, assimila gli eredi alla moglie dando loro i medesimi diritti, e l'ultimo della sezione, l'articolo 1466, impone loro gli stessi obblighi. Che si vuole di più? In ogni caso il silenzio dell'art. 1456 non prova nulla. Anche l'art. 1455 non menziona gli eredi, ma dovrà dirsi per questo che essi non possono impugnare la loro rinuncia per causa di dolo?

Vi ha un'obbiezione che sembra più seria, ed è la tradizione. Pothier dice che gli eredi della moglie possono rinunciare alla comunione senza inventario, perchè essi non si trovano in possesso degli effetti della comunione. È il marito superstite che li possiede; non v'ha dunque alcun pericolo di distrazione e quindi l'obbligo dell'inventario non ha ragion d'essere. I lavori preparatorii del codice rispondono all'obbiezione. Il progetto di codice civile, quale fu votato dal Consiglio di Stato, riproduceva la dottrina di Pothier. Il tribunale emise l'avviso che un inventario era sempre necessario, e propose, in conseguenza, un cambiamento di redazione che fu adottato dal Consiglio di Stato. Gli autori del codice si sono dunque allontanati su questo punto dall'opinione di Pothier. Inoltre, cambiando sistema, esigendo un inventario tanto per gli eredi quanto per la moglie, il Tribunato doveva applicare anche agli eredi la disposizione dell'art. 1456, vale a dire, assimilare in tutto gli eredi alla moglie superstite. Tale fu l'oggetto dell'art. 1466. L'oratore del Tribunato si esprime

in questo senso: « La rinuncia esige un inventario preventivo e che la moglie non si sia immischiata nei beni della comunione. La facoltà di rinunciare si trasmette agli eredi della vedova *con gli stessi oneri e condizioni* » (1). L'art. 1466 così interpretato da quei medesimi che lo hanno fatto introdurre nel codice, non lascia più, ci pare, alcun dubbio.

N. 2. — Scioglimento della comunione per morte del marito.

429. La moglie sopravvive, ma viene a morire prima di essersi decisa e trovandosi ancora nel termine di tre mesi e quaranta giorni. Quali sono i diritti dei suoi eredi? L'art. 1461 prevede l'ipotesi, ma si limita a regolare la questione dei termini che gli eredi hanno per fare inventario o per deliberare. Ritorneremo sull'argomento. Vi ha una prima difficoltà. Devesi applicare l'art. 1475 e decidere che il diritto della moglie si divide fra i suoi eredi, e che, per conseguenza, l'uno può accettare e l'altro rinunciare? Vi ha un motivo di dubbio. L'art. 782 prevede la difficoltà per gli eredi d'un successibile che muore senza essersi deciso. Se gli eredi non sono d'accordo per accettare o ripudiare la successione, essa deve essere accettata con beneficio d'inventario. Deve questa disposizione essere applicata per analogia agli eredi della vedova? Bisognerebbe rispondere affermativamente se l'art. 782 fosse l'applicazione di un principio generale. Lo si è sostenuto dicendo che, essendosi il diritto aperto nella persona del successibile, questi doveva accettare o rinunciare. Egli non può certo dividere l'esercizio del suo diritto d'opzione. In questo senso, il suo diritto è indivisibile. Ora, egli trasmette il suo diritto ai proprii eredi quale l'aveva egli stesso. Dunque i suoi eredi devono accettare o ripudiare per l'intero. Se non sono d'accordo, altro non rimane per troncare la difficoltà che imporre loro un modo d'accettare il quale sembra conciliare tutti gli interessi, l'accettazione beneficiata. Se questi principii sono veri in materia di successione, devono esserlo in materia di comunione, la condizione essendo identica. A nostro avviso l'art. 782 non è l'espressione dei veri principii. Non è esatto il dire che il diritto ereditario diviene indivisibile quando un successibile lo trasmette ai suoi eredi. Per apprezzare la natura di un diritto bisogna vedere quale ne sia l'oggetto. È il principio formulato dall'art. 1217 che definisce l'obbligazione divisibile e l'obbligazione indivisibile. Ora i beni di cui si compone nna eredità essendo divisibili, almeno intellettualmente, il diritto su questi beni è divisibile secondo la definizione dell'articolo 1217. Dunque ciascuno degli eredi dovrebbe avere il diritto d'accettare l'eredità per la sua quota, o di rinunciarvi. Considerando il loro diritto come indivisibile, l'articolo 782

(1) SIMÉON, *Discorsi*, n. 39 (LOCRÉ, t. VI, p. 465).

deroga al principio stabilito dall'art. 1217 che è la sede della materia. Ciò decide la nostra questione. Non si possono applicare per analogia disposizioni eccezionali. Bisogna dunque escludere l'eccezione dell'articolo 782 per attenersi alla regola dell'articolo 1217, a meno che non vi sia al titolo *Del contratto di matrimonio* una disposizione che vi si opponga. Il codice non dice nulla della difficoltà nella sezione IV, che tratta dell'accettazione della comunione. E nella sezione della divisione che l'articolo 1475 prevede il caso in cui gli eredi della moglie siano divisi. Quale è l'ipotesi che la legge prevede? Essa non dice, « gli eredi della moglie *premoria* », sibbene « gli eredi della *moglie* ». Si può dunque applicare l'art. 1475 agli eredi della moglie *superstite* che muore nel termine di tre mesi e quaranta giorni. Ciò che Pothier dice della natura del diritto di comunione conferma questa interpretazione. Egli insegna che è un diritto divisibile. Se è divisibile quando la moglie *premuore*, perchè diventerebbe indivisibile quando la moglie *sopravvive* e viene a morire nei tre mesi e quaranta giorni? Si deve dunque lasciar da parte l'art. 782, perchè deroga ai principii che reggono la divisibilità. Non consacrando la legge questa eccezione in materia di comunione, bisogna attenersi all'art. 1475, interpretandolo secondo il principio dell'art. 1217, vale a dire applicandolo a tutte le ipotesi in cui gli eredi sono chiamati ad esercitare i diritti della moglie (1).

430. Quando la vedova muore nel termine di tre mesi e quaranta giorni senza essersi decisa, i suoi eredi hanno ciascuno un diritto individuale d'accettare la comunione o di rinunciarvi per la propria parte ereditaria. Entro qual termine dovranno essi esercitare questo diritto? Bisogna applicare loro il principio dell'art. 1466. Essi esercitano il diritto della moglie, come l'avrebbe esercitato essa medesima se fosse sopravvissuta. Non vi è in proposito alcuna difficoltà per gli eredi della vedova, perchè essi succedono ai suoi diritti sulla comunione per via di trasmissione. Essi non hanno dunque altri diritti che quelli della vedova, vale a dire che possono esercitare il diritto d'opzione per trent'anni, a condizione di fare inventario nei tre mesi. Rimaneva da regolare la questione dei termini. Tale è l'oggetto dell'art. 1461.

431. « Se la vedova muore prima che siano trascorsi i tre mesi senza aver fatto o terminato l'inventario, gli eredi avranno per fare o per terminare l'inventario un nuovo termine di tre mesi a far tempo dalla morte della vedova ». In questo termine di tre mesi essi possono usare del diritto che spettava alla vedova di rinunciare, senza essere tenuti a fare inventario. Ma se vogliono conservare la facoltà di rinunciare dopo il decorso

(1) MARCADÉ, t. V, p. 627, n. II dell'art. 1475. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 300, n. 135 *bis* I e II. Orléans, 14 febbraio 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 56).

di tre mesi, devono, come avrebbe dovuto fare la vedova, redigere l'inventario entro questo termine (1).

L'art. 1461 soggiunge che gli eredi avranno un termine di quaranta giorni per deliberare dopo la chiusura dell'inventario. È il diritto comune (art. 1457-1459). Abbiamo detto più sopra (n. 398) qual sia l'oggetto di questo termine accordato alla vedova. Esso regola la durata dell'eccezione dilatoria che la vedova o i suoi eredi possono opporre ai creditori che procedono contro di loro e determina a carico di chi staranno le spese degli atti.

432. « Se la vedova muore dopo aver terminato l'inventario. i suoi eredi avranno per deliberare un nuovo termine di quaranta giorni a datare dalla sua morte » (art. 1461). Gli eredi della vedova hanno, in virtù del diritto comune, un termine di tre mesi e quaranta giorni per fare l'inventario dell'eredità e per deliberare. Durante questo termine, essi non sono obbligati a decidersi per l'accettazione o la rinuncia, e possono, per conseguenza, opporre ai creditori l'eccezione dilatoria. Come conciliare il diritto comune coll'art. 1461, il quale pare non accordi agli eredi che un termine di quaranta giorni, durante il quale essi potranno respingere gli atti mediante l'eccezione dilatoria? È certo che non si può costringere gli eredi a decidersi nei quaranta giorni, accettando o ripudiando la comunione, perchè sarebbe come obbligarli ad assumere la qualità di eredi, relativamente, cioè, alla successione lasciata dalla vedova. Infatti, essi non possono accettare la comunione che si trova nella successione senza accettare la eredità, nello stesso modo che rinuncerebbero alla successione se rinunciassero alla comunione che vi è compresa. Ora non si può costringerli a pronunciarsi sull'accettazione o la rinuncia della successione finchè sono nel termine di tre mesi e quaranta giorni, che s'apre alla morte della vedova. Ne consegue che, per regola generale, gli eredi hanno un termine di tre mesi e quaranta giorni per accettare la successione o rinunciarvi, e hanno questo stesso termine per accettare la comunione o rinunciarvi. Non si concepisce che un sol caso nel quale gli eredi non avrebbero che quaranta giorni per deliberare, ed è quando accettano immediatamente la successione della vedova (2).

433. L'art. 1461 aggiunge: « Gli eredi possono, inoltre, rinunciare alla comunione nelle forme qui sopra stabilite ». È l'articolo 1457 che regola queste formalità. Bisogna aggiungere che la rinuncia degli eredi della moglie può essere convenzionale, come quella della vedova. I diritti e la condizione sono identici.

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 419 e seg., § 517 (4.ª ediz.).

(2) Duranton, t. XIV, p. 582, n. 455. Mourlon, t. III, p. 94, n. 219. Rodière e Pont, t. II, p. 448, n. 1169.

Infine, l'art. 1461 dispone che gli articoli 1458 e 1459 sono applicabili agli eredi della vedova. Si tratta della proroga del termine di tre mesi e quaranta giorni e dell'eccezione dilatoria che essi possono opporre ai creditori. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra.

V. — Dei diritti della vedova.

434. La legge accorda alla vedova certi diritti che non spettano ai suoi eredi, perchè fondati sopra considerazioni personali alla moglie. Essi sono il lutto della vedova (art. 1481), gli alimenti e l'abitazione ai quali ha diritto durante il termine per fare inventario e deliberare (art. 1465).

N. 1. — Del lutto della vedova.

435. A termini dell'art. 1481 « la spesa pel lutto della vedova incombe agli eredi del marito premorto ». L'art. 1570 contiene una disposizione analoga per la moglie dotale. Secondo lo spirito della legge, questo diritto della vedova le spetta dunque sotto tutti i regimi. Era l'antica giurisprudenza. La ragione sta in ciò, che il lutto della moglie non ha nulla di comune col regime concernente i beni. Il motivo per cui il diritto tradizionale l'accorda alla moglie contro gli eredi del marito è generale si applica a tutti i casi, sia la moglie in comunione di beni o dotale, accetti o rinunci alla comunione. L'art. 1481 lo dice espressamente della moglie rinunciante, il che prova trattarsi d'un diritto accordato alla moglie come tale, astrazione fatta dalle convenzioni matrimoniali dei coniugi.

È massima tradizionale del diritto francese che la moglie non deve portare a sue spese il lutto del marito. Questa massima discende dalla regola egualmente tradizionale che obbligava la vedova a rimanere in vedovanza per un anno. Pareva giusto, dice Lebrun, che le si fornissero le vesti lugubri per ricordarle i doveri del suo stato. Questa considerazione spiega la differenza che la legge stabilisce tra la moglie e il marito. Pothier nota che l'uso non permette al marito di domandare agli eredi della moglie le spese del suo lutto. Egli non vede, dice, la ragione di questa differenza. Si cita d'ordinario una legge romana la quale stabilisce che il marito non è obbligato a portare il lutto per la moglie. Pothier risponde che nei nostri costumi non è più così, poichè il marito porta il lutto per la moglie come la moglie porta il lutto pel marito. Egli termina dicendo, col giureconsulto romano, che non possiamo dare ragione di tutto ciò che è stato stabilito dai nostri antichi. Forse la differenza ha la sua origine in una diseguaglianza che dal punto di vista morale è impossibile giustificare. Il marito non era tenuto ad osservare l'anno di vedovanza imposto alla moglie,

e quindi non poteva reclamare il lutto contro gli eredi della moglie. È certo che questo diritto sarebbe strano se il marito convolasse a nuove nozze. Gli eredi avrebbero potuto rispondergli che rimaritarsi e portare il lutto della moglie che si dimentica così presto sono cose contraddittorie (1).

436. È una disposizione che dipende dai costumi, e il diritto si modifica quando i costumi cambiano. Ne troviamo un singolare esempio in Pothier. « Non si accorda il lutto, egli dice, alle donne del basso popolo, come la vedova d'un operaio ». Pothier non aggiunge una parola di critica. Coi nostri sentimenti moderni, noi troviamo questa ineguaglianza ributtante. Gli autori del codice si sono ben guardati dal consacrarla. Essi mettono la moglie del proletario allo stesso livello di quella del milionario. È soltanto quando si tratta dell'estensione dell'obbligo che incombe agli eredi del marito che la legge tien conto della condizione sociale dei coniugi: « Il valore del lutto, dice l'articolo 1481, va regolato secondo il patrimonio del marito ».

La legge intende per lutto il credito che la moglie ha contro la successione del marito, la quale è tenuta a somministrarle la somma necessaria per portarlo. Così gli eredi del marito non forniscono gli abiti di lutto alla vedova, ma le rimettono una data somma avuto riguardo allo stato e alle facoltà del defunto. Sono le espressioni di Pothier. L'antica giurisprudenza si è conservata nei nostri costumi (2).

Bisogna seguire la tradizione anche sopra un altro punto. Si fa entrare nelle spese di lutto, dice Pothier, il prezzo delle vesti ed altri abbigliamenti di lutto, tanto della vedova che dei suoi domestici. Vi ha una sentenza in questo senso della Corte di Pau. L'uso, essa dice, ha conservato l'abitudine di far portare ai domestici il lutto dei loro padroni, come un omaggio reso alla loro memoria. Quindi questa spesa non può rimanere a carico della vedova, che ha essa stessa diritto agli abiti di lutto (3).

N. 2. — Degli alimenti.

437. « La vedova, sia che accetti, sia che rinunci, ha diritto, durante i tre mesi e quaranta giorni che le sono accordati per fare inventario e deliberare, di prendere i suoi alimenti e quelli dei suoi domestici sulle provviste esistenti e, in mancanza, di prelevarle dalla massa comune, a condizione di usarne moderatamente » (art. 1465).

La legge accorda il diritto agli alimenti alla moglie in comunione di beni, sia che accetti, sia che rinunci. È un diritto

---

(1) TOULLIER, t. VII, 1, p. 245, nn. 266-268. POTHIER, *Della comunione*, n. 678. LEBRUN, *Della comunione*, p. 222, nn. 38 e 42.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 678. TOULLIER, t. VII, 1, p. 216, n. 272.

(3) Pau, 27 maggio 1837 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2182).

puramente personale alla moglie superstite, secondo l'art. 1465. Gli eredi della moglie non ne godono. Quale è il motivo di questo diritto che somiglia ad un privilegio? E difficilissimo precisarlo, eppure fa d'uopo saperlo per decidere le questioni controverse che presenta l'applicazione del principio. Si legge in una recente sentenza della Corte di cassazione che la disposizione dell'art. 1465 è inspirata da un sentimento d'umanità e di alta convenienza (1). La Corte di Rouen, la cui decisione è stata confermata dalla Corte Suprema, si è pronunciata nello stesso senso. « Si è voluto, osserva essa, per rispetto al dolore della vedova, risparmiarle, nei primi tempi, la cura di procurarsi i mezzi di sussistenza e di cercarsi un'abitazione » (2). Aubry e Rau ne danno un'altra ragione. La vedova, essi dicono, è in possesso della comunione. È essa che amministra; la legge le dà il diritto di fare gli atti di conservazione e d'amministrazione provvisoria (art. 1454). L'inventario ch'essa redige è fatto tanto nell'interesse dei creditori e degli eredi del marito quanto nel suo. Ecco il motivo principale per cui la legge concede alla moglie gli alimenti e l'abitazione durante i termini per fare inventario e per deliberare (3). Questi due motivi, come diremo più avanti, conducono ciascuno a conseguenze ben diverse. Importa dunque sapere quale sia il vero.

Nulla troviamo, su questo punto, nei lavori preparatori. Bisogna dunque ricorrere alle disposizioni del codice. Dare alla moglie gli alimenti e l'abitazione perchè amministra significa concederle un emolumento. Perchè la moglie, e non il marito, sarebbe rimunerata delle sue cure? Se la legge avesse voluto indennizzare la moglie, avrebbe dovuto dare maggiore estensione ai diritti che le conferisce ponendo come principio che la moglie potesse pretendere gli alimenti e l'abitazione finchè amministrasse. Ora, se essa accetta, rimane in possesso e amministra fino alla divisione. Considerati come salario, i diritti della moglie si spiegano difficilmente, mentre si comprendono come disposizione di favore e d'umanità. Lo stesso concetto riscontriamo nell'art. 1570. La moglie dotale può esigere gli alimenti durante l'anno di lutto, a spese della successione del marito, lasciando agli eredi di costui l'interesse della sua dote. Questo favore è evidentemente dettato dall'umanità. Non si vuole che la moglie cada nella miseria al momento in cui perde il marito e che in luogo della vita agiata o ricca che conduceva soffra delle privazioni. Il termine è minore in caso di comunione, perchè la moglie non rinuncia ad alcuno dei suoi diritti. Essa può prendere la sua parte nella comunione, e reclamare tuttavia gli alimenti e l'abita-

(1) Rigetto, sezione civile, 15 dicembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 113).
(2) Rouen, 12 maggio 1871 (Dalloz, 1873, 2, 203). Nello stesso senso, Rodière e Pont, t. II, p. 306, n. 1026.
(3) Aubry e Rau, t. V, p. 423, nota 39, § 517 (4.° ediz.).

zione. In ogni caso la condizione della vedova è generalmente meno buona che quella del marito superstite. Non sarebbe forse questa condizione che ha destata la sollecitudine del legislatore?

438. Quale è l'estensione dei diritti della moglie? L'articolo 1465 le permette di prendere sulla massa i proprii alimenti e quelli dei suoi domestici. Esso non parla dei figli. Questi sono eredi del loro padre. Essi hanno una sostanza personale amministrata dal tutore, ed il tutore è pure chiamato a provvedere alla loro sussistenza. La legge non doveva dunque occuparsi di loro. Gli scrittori distinguono tra i figli comuni e quelli di un precedente letto (1). Questa distinzione ci pare arbitraria, perchè non si fonda nè sul testo nè sui principii. Crediamo inutile discuterla.

Che cosa si deve intendere per alimenti? Si tratta di un credito puramente alimentario, proporzionato ai bisogni della vedova? L'art. 1465 dice che la moglie deve usare *moderatamente* del diritto che le è accordato. È il giudice che deciderà, ma in base a qual principio? Sono i bisogni della moglie o è la condizione sociale del marito ch'egli prenderà in considerazione? Non lo si sa. Noi crediamo che la difficoltà vada risolta in quest'ultimo senso. La legge lo dice pel lutto della moglie (art. 1481). Se il suo lutto è proporzionato alla sostanza del marito, i suoi alimenti saranno ridotti allo stretto necessario? La giurisprudenza si è pronunciata in favore di questa opinione, e così pure la dottrina. Le leggi dettate dall'umanità debbono essere interpretate con un sentimento d'umanità (2).

439. A carico di chi stanno gli alimenti? Su questo punto vi ha differenza fra il lutto ed il credito alimentario. L'articolo 1481 dice che il lutto è a spese degli eredi del marito, mentre l'art. 1465 mette gli alimenti a carico della comunione. Infatti la moglie li prende sulle provviste esistenti che appartengono alla comunione, e se non vi sono provviste, ha diritto di prelevarli sulla massa comune. È molto difficile dar ragione di questa differenza. Probabilmente l'art. 1481 è una conseguenza della massima tradizionale, giusta la quale il marito defunto che deve pagare il lutto. È questa un'idea materiale, ma rimonta alle più antiche età, tempi di barbarie e non di delicatezza. Ad ogni modo è la comunione che paga gli alimenti. Potrà darsi indirettamente che siano gli eredi del marito. Se non vi sono provviste, la moglie è autorizzata a prelevarle a spese della comunione, senza distinguere se la comunione è

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 423 e nota 40, § 517, e tutti gli scrittori che vi sono citati.

(2) Rodière e Pont, t. II, p. 306, n. 1027. Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2272.

buona o cattiva. Se è cattiva, la moglie rinuncerà e, per conseguenza, il prelevamento ch'essa fa cadrà a carico degli eredi del marito, poichè essi dovranno sopportare tutti i debiti che gravano la comunione. E forse nella previsione di questo risultato che la legge vuole che la moglie usi moderatamente del diritto ch'essa le accorda.

440. L'art. 1465 dice che la moglie ha diritto agli alimenti durante i tre mesi e quaranta giorni che le sono accordati per fare inventario e per deliberare. Che si dovrà dire se la moglie delibera prima che sia trascorso questo termine? Essa rinuncia immediatamente, come ne ha il diritto, senza fare inventario. Avrà essa tuttavia diritto agli alimenti? Può presentarsi l'ipotesi contraria. La moglie fa inventario. Il termine di tre mesi non le basta; ne ottiene la proroga. Avrà forse diritto agli alimenti finchè non sia trascorso il nuovo termine? O si dovrà dire, nell'uno e nell'altro caso, che il termine di tre mesi e quaranta giorni è fisso, nel senso che gli alimenti sono accordati per tre mesi e quaranta giorni, senza distinguere se la moglie abbia o meno deliberato o se il termine sia prorogato? La questione è controversa. Noi ammettiamo quest'ultima opinione, che è consacrata dalla giurisprudenza (1). La soluzione dipende dal motivo sul quale si fonda il credito alimentario della moglie. Se si ammette che l'art. 1465 è fondato sopra un sentimento d'umanità e di convenienza, come dice la Corte di cassazione, si deve decidere, per via di conseguenza, che il termine è fisso. Può concepirsi che un termine dettato dall'umanità abbia a variare a seconda di circostanze puramente accidentali? L'umanità non richiede forse che la moglie abbia diritto agli alimenti, quando è obbligata a rinunciare senza fare inventario in causa del cattivo stato della comunione? E l'umanità esigerebbe che la moglie avesse diritto agli alimenti per un termine più lungo, quando l'inventario non ha potuto essere terminato nel termine ordinario? Ciò non ha senso.

L'opinione ammessa dalla giurisprudenza è in armonia anche col testo. L'art. 1465 dice ben chiaramente che la moglie ha diritto agli alimenti nei tre mesi e quaranta giorni che le sono accordati per fare inventario e deliberare. Così la legge fissa il termine. Non può quindi essere lasciato in balìa del giudice di prorogarlo quando l'inventario non è terminato, nè di abbreviarlo quando l'inventario è compiuto prima dei tre mesi, o quando la moglie prende partito senza fare inventario.

L'opinione contraria invoca lo spirito della legge e sostiene che la moglie non ha diritto agli alimenti se non in quanto amministra e fa inventario, e quindi finchè dura questa amministrazione legale, la quale può richiedere meno o più di tre mesi e

---

(1) Metz, 10 maggio 1860 (DALLOZ, 1861, 5, 89). Rouen e Rigetto, citati al n. 437, p. 341, note 1 e 2.

quaranta giorni. Noi abbiamo esposto il nostro parere su questo punto (n. 437). È inutile entrare nella discussione delle diverse opinioni degli scrittori. Le loro contraddizioni tolgono loro ogni autorità (1).

N. 3. — Dell'abitazione.

441. Il secondo alinea dell'art. 1465 accorda alla moglie superstite un diritto d'abitazione. L'articolo è così concepito: « Essa non deve alcuna *pigione* per avere eventualmente abitato, durante questi termini, in una casa dipendente dalla *comunione* o appartenente agli *eredi del marito*, e se la casa che abitavano i coniugi al tempo dello scioglimento della comunione era tenuta da loro in affitto, la moglie non contribuirà, durante gli stessi termini, al pagamento della pigione, la quale sarà presa sulla massa ».

Qual'è la ragione di questo secondo diritto? Anch'esso è personale alla vedova, nè i suoi eredi possono reclamarlo (art. 1495). Esso è accordato alla moglie nelle stesse circostanze degli alimenti e durante gli stessi termini. Non se ne deve conchiudere che ha l'egual fondamento e l'identica natura? Vi ha però un nuovo motivo di dubitare, l'opinione di Pothier. Egli dice doversi reputare che la casa sia stata occupata dalla comunione mediante gli effetti ch'essa vi possiede e di cui la moglie, che è rimasta nella casa non è che la custode. È dunque la comunione, egli dice che deve la pigione della casa (2). Gli autori del codice hanno seguito l'opinione di Pothier? È difficile fare un'affermazione qualsiasi su questo punto, poichè non si trova nulla nei lavori preparatorii, ma dai diversi testi risulta che il diritto d'abitazione e il credito alimentario formano un solo e medesimo diritto. Essi devono dunque avere lo stesso fondamento. Può concepirsi che il legislatore accordi gli alimenti alla vedova per sentimento d'umanità e che le dia l'abitazione a titolo di salario? A dire il vero, l'alloggio è compreso nel credito alimentare. Infatti, la parola *alimenti* ha un senso tecnico, che comprende l'abitazione. Il secondo alinea dell'art. 1465 completa dunque il primo. Le due disposizioni riunite danno alla moglie il *diritto* agli alimenti, al vitto e all'alloggio. Essa ha inoltre gli abbigliamenti, poi il lutto le è fornito dagli eredi del marito. Noi crediamo che tutti questi diritti hanno un identico fondamento, l'umanità e le convenienze. L'articolo 1470 conferma questa opinione. La moglie dotale ha sempre diritto all'abitazione durante l'anno del lutto. Qui non

(1) Vedi, in senso diverso, AUBRY e RAU, t. V, p. 423, nota 39, § 517, e gli autori che citano. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 280, numero 122 *bis* I.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 571.

si tratta certo di un salario. Non vi ha comunione, i beni sono separati, la moglie, alla morte del marito, riprende la sua dote, eppure essa gode dell'abitazione a spese della eredità del marito. È questa una disposizione puramente umanitaria. Ma l'umanità dipende forse dal regime dei coniugi? E perchè ciò che è di alta convenienza sotto il regime dotale costituirebbe un semplice salario sotto il regime di comunione?

442. L'abitazione che l'art. 1465 accorda alla vedova non ha nulla di comune col diritto d'abitazione di cui il codice tratta al titolo dell'*Usufrutto* (1). Quest'ultimo diritto è reale, mentre l'art. 1465 accorda alla moglie un credito alimentario, vale a dire un diritto d'obbligazione. Il testo della legge lo prova. La moglie occupa la casa a titolo di *pigione*, e quindi in virtù d'un diritto di credito. Non vi era alcuna ragione per stabilire un diritto reale. Basta che la moglie abbia un alloggio assicurato, e l'alloggio quale aveva vivente il marito, benchè questa abitazione sia superiore alla sua attuale condizione. Ciò viene in appoggio di quanto noi abbiamo detto testè. Il diritto ha un carattere d'umanità e l'umanità non lesina.

443. A carico di chi sta l'abitazione della moglie? È la comunione o sono gli eredi del marito che devono risponderne? Vi è qualche incertezza su questo punto nella dottrina. Noi crediamo che la massa comune debba pagare la pigione della casa abitata dalla moglie. Vi ha un caso nel quale lo dichiara l'istessa legge. Se i coniugi tenevano a pigione la casa che abitavano allo scioglimento della comunione, la moglie continua ad abitarla senza contribuire alla pigione, la quale, dice l'art. 1465, è presa sulla massa. Se la casa apparteneva alla comunione- il risultato è lo stesso. La moglie ha il diritto d'abitarla, senza dovere alcuna pigione per questo titolo. L'onere pesa dunque sulla massa. Rimane il caso in cui la casa occupata dai coniugi e, dopo la morte del marito, dalla moglie, appartenesse agli eredi del marito. La moglie non deve alcuna pigione, dice l'art. 1465. Dovrà dirsi per questo che gli eredi del marito sieno tenuti a sopportare quest'onere? La legge non lo stabilisce, e sarebbe contrario ai principii l'ammetterlo. Infatti l'abitazione fa parte del credito alimentario della moglie. Ora, gli alimenti si prendono sulla massa comune. Perchè non accadrebbe della pigione nel terzo caso quello che avviene negli altri due? Sarebbe una vera anomalia che non avrebbe alcuna giustificazione (2).

444. Vi ha un'ipotesi che la legge non prevede. Di qui nuove incertezze. L'affitto della casa occupata dai coniugi e poi dalla

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 281, n. 122 *bis* III.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 280, n. 122 *bis* II. In senso contrario, TROPLONG, t. II, p. 30, n. 1598, che è inutile combattere, perchè egli ragiona all'infuori di ogni principio.

vedova viene a cessare. Si domanda se la moglie ha diritto ad una indennità d'alloggio. Non comprendiamo come la questione sia controversa (1). Può dipendere da un puro caso che la moglie abbia o non abbia diritto all'abitazione? Il primo alinea dell'art. 1465 fornisce un motivo d'analogia che basta per decidere la difficoltà. Quando non esistono provviste sulle quali la moglie possa prendere gli alimenti, essa è autorizzata a provvedere ai suoi bisogni prelevandoli sulla massa. Se la massa deve, in ogni ipotesi, fornire gli alimenti alla moglie, perchè non dovrebbe fornirle l'abitazione? Vi ha la stessa ragione di decidere, per meglio dire, si tratta dell'identica obbligazione. Crediamo inutile insistere. Rimane a sapere chi sopporti l'onere. Secondo il nostro parere, la questione è già decisa. Il credito alimentario è un debito della comunione, e quindi è questa che deve pagare la pigione. La moglie vi contribuirà se accetta, non vi contribuirà se rinuncia.

Sezione VII. — Liquidazione della comunione.

Art. 1. — Dei compensi.

445. La parola *compenso* è un'espressione particolare alla comunione. Essa è sinonimo d'*indennità*. La legge usa talvolta le due parole insieme, di modo che l'una serve a spiegare l'altra (art. 1403, 1406). Noi abbiamo incontrato molti casi nei quali è dovuto compenso alla comunione o dalla comunione. Così, secondo l'art. 1403, la comunione non ha il diritto d'aprire una miniera durante il matrimonio sul fondo di uno dei coniugi. Se il coniuge apre la miniera, i prodotti gli appartengono, e se, di fatto, sono versati nella comunione, questa deve compenso o indennità al coniuge, vale a dire che, ritirando un beneficio che spetta al coniuge proprietario del fondo, essa gli deve, per questo titolo, un compenso pecuniario. L'art. 1406 dispone che l'immobile ceduto da un ascendente ad uno dei coniugi, coll'obbligo di pagare i debiti del donante verso estranei, resta un bene suo proprio, salvo *compenso* o *indennità*, vale a dire che, se la comunione paga questi debiti, li paga per conto del coniuge debitore ed ha diritto, per questo titolo, ad essere indennizzata.

446. La comunione può dunque dovere dei compensi ai coniugi, e questi possono dovere dei compensi alla comunione. Pothier spiega benissimo come questi compensi rispettivi devono essere liquidati prima di poter procedere alla divisione, quando la moglie accetta. Se i coniugi hanno diritto a compensi, sono creditori della comunione, e questo credito dovrà

(1) Vedi gli scrittori citati da Aubry e Rau, t. V, p. 423, nota 41, § 517.

essere prelevato sulla massa prima che si possa procedere alla divisione, poichè diminuisce la massa divisibile. Al contrario, se uno dei coniugi è debitore d'un compenso, bisogna che lo conferisca alla massa prima che si proceda alla divisione, poichè la massa divisibile se ne trova aumentata.

Se la moglie rinuncia alla comunione, è inutile liquidare i crediti del marito contro la comunione, nè le indennità di cui è debitore, perchè, per effetto della rinuncia, non vi ha più comunione, non più massa divisibile, tutti i beni diventano proprietà del marito. Per conseguenza, si confonde nella sua persona, ciò ch'egli deve alla comunione e ciò che la comunione deve a lui. Ma è sempre necessario, in caso di rinuncia, liquidare i compensi della moglie contro la comunione, perchè essa ha azione, per questo titolo, contro il marito o i suoi eredi. E bisogna parimenti liquidare le indennità ch'essa deve alla comunione, perchè essa vi resta tenuta a riguardo del marito (1).

447. Supponiamo, per il momento, che la moglie accetti. Bisogna costituire, in questo caso, la massa divisibile e, per conseguenza, liquidare i compensi rispettivi della comunione e dei coniugi. Questa operazione si chiama *liquidazione*, perchè essa fa conoscere chiaramente, in modo liquido (*quod liquet*), quali sono i valori da dividere. Quando i compensi sono stabiliti, si aggiunge ai beni esistenti ciò che i coniugi devono alla massa e se ne deduce ciò che la comunione deve ai coniugi. L'eccedente forma la massa divisibile, vale a dire l'attivo netto da dividersi. Prima di dire come si fanno le collazioni ed i prelevamenti a cui i compensi danno luogo, dobbiamo vedere in quali casi i coniugi e la comunione devono compensi e quale ne sia l'ammontare.

§ I. — *Dei compensi dovuti dalla comunione ai coniugi.*

N. 1. — Quando la comunione deve compenso ai coniugi?

I. — Principio.

448. L'art. 1463 enumera due casi nei quali la comunione deve compenso ai coniugi, e ne fissa l'ammontare. Ma la legge non pone alcun principio. Per comprendere questa singolare redazione bisogna risalire alle origini del diritto di compenso. È un principio tradizionale, ma ha cambiato natura. Cosa singolare, nelle nostre consuetudini primitive, non si faceva luogo a compenso a favore del coniuge quando veniva alienato uno dei suoi beni proprii e il prezzo ne era versato nella comunione. Perchè il coniuge proprietario avesse diritto ad un compenso,

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 582.

bisognava che il contratto di matrimonio stipulasse che i conjugi avrebbero reimpiegato il prezzo dei loro beni proprii alienati. In mancanza di reimpiego, essi potevano ripetere il prezzo versato nella comunione. Senza una clausola di reimpiego il coniuge non poteva esercitare alcuna ripresa. È difficile rendersi conto di queste vecchie usanze. Non si dava valore che agli immobili. Quando gli immobili erano convertiti in valori mobiliari, la comunione ne approfittava. Ne risultava però un inconveniente. I coniugi avevano aperta la via per avvantaggiarsi, e le liberalità fra coniugi erano generalmente vietate nel nostro antico diritto. Per impedire questi vantaggi indiretti, la nuova consuetudine di Parigi accordò la ripresa del prezzo, quantunque non vi fosse alcuna convenzione. Siccome la vendita d'un bene proprio era il modo usuale d'avvantaggiarsi, la consuetudine si limitò a prevedere il caso d'alienazione. L'art. 232 era così concepito: « Se durante il matrimonio viene venduto un fondo od una rendita propria appartenente all'uno o all'altro dei coniugi, il prezzo della vendita è ripreso sui beni della comunione, a favore di quello cui apparteneva il fondo, ancorchè nella vendita non fosse stato convenuto alcun reimpiego o compenso e non vi sia stata alcuna dichiarazione al riguardo ». Questa disposizione si estese coll'uso e l'autorità dalla consuetudine di Parigi a tutte le consuetudini, e formò il diritto comune. Pothier dice ch'essa è principalmente fondata su questo principio, che non è permesso all'uno dei coniugi di avvantaggiar l'altro a sue spese durante il matrimonio. Tuttavia il principio del compenso fu ammesso anche nelle consuetudini che permettevano ai coniugi d'avvantaggiarsi. La ragione che ne dà Pothier sta in ciò, che sarebbero sorti degli inconvenienti nel considerare come liberalità indiretta il vantaggio che risulta dall'alienazione d'un bene proprio senza reimpiego, quando nulla provava che l'intenzione del coniuge venditore fosse d'avvantaggiar l'altro coniuge (1). Il codice civile autorizza anche le donazioni fra coniugi dichiarandole revocabili. Se ha consacrato il principio dei compensi, non è per i vantaggi indiretti che uno dei coniugi potesse fare all'altro. Il compenso è fondato avanti tutto sopra una considerazione d'equità. Gli immobili non entrano in comunione. Perchè vi entrerebbero se sono alienati? Siccome l'immobile era proprio del coniuge che l'ha venduto, anche il prezzo deve rimanere suo proprio, altrimenti l'alienazione degli immobili condurrebbe ad un cambiamento delle convenzioni matrimoniali. Un valore che doveva restare un bene proprio diverrebbe un valore comune.

449. L'origine del principio dei compensi spiega la redazione dell'art. 1433. Esso riproduce l'art. 232 della consuetudine di Parigi, aggiungendo all'alienazione il riscatto di servitù fondiarie

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 585.

dovute a un bene proprio. È certo che questa enumerazione non è restrittiva. Il testo stesso del codice lo prova. Noi abbiamo ricordato l'art. 1403, il quale accorda al coniuge un compenso contro la comunione quando è aperta una miniera nel suo fondo durante il matrimonio ed i prodotti ne sono versati nella massa comune. Questo caso non è richiamato nell'art. 1433, il che prova che la legge non dà che degli esempi. Pothier poneva il principio in termini generali. Dopo aver detto che ciascuno dei coniugi è creditore verso la comunione del prezzo dei suoi beni proprii alienati durante il matrimonio, soggiunge: « Si può anche stabilire come principio generale che ciascuno dei coniugi è, allo scioglimento della comunione, creditore di tutto ciò di cui ha arricchito la comunione a sue spese ». L'art. 1437 ha riprodotto questa formola generale dei compensi per le indennità che i coniugi devono alla comunione. Vi ha la identica ragione per le indennità che la comunione deve ai coniugi (1).

450. L'art. 1433 applica il principio all'alienazione d'un bene proprio: « Se è venduto un immobile appartenente ad uno dei coniugi e il prezzo ne è stato versato nella comunione senza reimpiego, si fa luogo al prelevamento di questo prezzo sulla comunione, a favore del coniuge che era proprietario dell'immobile venduto ». La legge suppone che il prezzo sia versato nella comunione. È la condizione sotto la quale si fa luogo a compenso. Ritorneremo sull'argomento. Quando il denaro è versato nella comunione, questa ne diviene proprietaria in virtù del principio che l'usufruttuario di cose consumabili ne acquista la proprietà, ma non ne diviene proprietario che a condizione di restituirlo. La comunione è usufruttuaria, essa acquista dunque la proprietà del prezzo, ma coll'onere del compenso. Ne abbiamo detto la ragione. Si osserva d'ordinario che la comunione deve compenso, altrimenti si arricchirebbe a spese del coniuge venditore. È vero, ma ciò equivale a dire, che il coniuge venditore sarebbe avvantaggiato della metà del prezzo (2). Ecco l'antica teoria dei compensi. Essa non è più applicabile in diritto moderno, poichè i coniugi possono farsi delle liberalità. Val meglio dire che la comunione deve una indennità al coniuge, per la ragione ch'essa ha percepito un valore che deve restare proprio del coniuge, poichè sostituisce un bene proprio.

451. La dazione in pagamento è assimilata ad una vendita. Essa produce, in generale, gli stessi effetti. Per ciò che concerne il diritto ad un compenso, la cosa è certa. Pothier ne fa l'osservazione. Quando uno dei coniugi dà il fondo suo proprio in pagamento d'un debito della comunione, rimane creditore della ripresa del-

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 352, nota 3, § 511. Rodière e Pont, t. II, p. 229, n. 933. Colmet de Santerre, t. VI, p. 185, n. 78 *bis* II.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 184, n. 178 *bis* I.

l'ammontare del debito, perchè la comunione è liberata. Accade dunque, come se un terzo avesse pagato il debito, a cui la comunione era tenuta. Essa deve indennizzarlo delle sue anticipazioni (1). Si suppone naturalmente trattarsi d'un debito, che la comunione doveva sopportare senza compenso. Se essa avesse diritto ad un compenso contro il coniuge il cui immobile ha servito a pagare il debito, questi non avrebbe più diritto ad una indennità, poichè ha pagato il debito suo proprio. Benchè la comunione fosse obbligata a pagarlo, il debito non è suo, ma del marito.

452. L'art. 1433 stabilisce: « Se sono state riscattate in denaro servitù fondiarie dovute a fondi proprii di uno dei coniugi e il prezzo ne è stato versato nella comunione, si fa luogo al prelevamento di questo prezzo a favore del coniuge che era proprietario delle servitù riscattate ». Il caso è identico a quello della vendita, perchè la servitù dovuta al fondo del coniuge ne faceva parte. Il coniuge che consente al riscatto aliena dunque una parte del fondo, e l'alienazione parziale dà luogo a compenso al pari dell'alienazione totale.

453. L'art. 1433 esige una condizione perchè il coniuge abbia diritto ad un compenso. Bisogna anzitutto che non vi sia stato reimpiego. Ciò è sottinteso, poichè in caso di reimpiego il coniuge è indennizzato dall'immobile sostituito al bene proprio che ha alienato. La condizione essenziale richiesta perchè sia dovuto compenso al coniuge è che il prezzo sia stato *versato nella comunione*. Che cosa si deve intendere con ciò? Pothier s'esprime in altri termini, che spiegano quelli di cui si serve il codice: « Il coniuge venditore ha la *ripresa*, allo scioglimento della comunione, di tutto ciò che è *pervenuto alla comunione* dall'alienazione del bene proprio ». Non è dunque necessario che il prezzo sia stato versato materialmente nella comunione. Dal momento che il prezzo le è *pervenuto*, vale a dire fu messo a sua disposizione, è stato adoperato per essa, il coniuge ha diritto ad un compenso (2).

454. Ne consegue che, se l'acquirente non paga il suo prezzo, il coniuge non ha diritto ad un compenso contro la comunione. Questa non ha nulla ricevuto e nulla deve restituire. Il coniuge venditore ha un'azione contro il compratore. Questa azione non cade in comunione, perchè l'azione pel pagamento del prezzo spetta al venditore, e la comunione non vende. Se essa riceve il prezzo e ne acquista la proprietà, gli è perchè è usufruttuaria. Finchè il prezzo non è pagato, il credito resta proprio del coniuge, la comunione non vi ha alcun diritto, e quindi non può essere tenuta ad alcun obbligo. Non vi è in proposito alcun dubbio. Dottrina e giurisprudenza sono d'accordo (3).

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 594. AUBRY e RAU, t. V, p. 353, § 511.
(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 585.
(3) Nancy, 7 febbraio 1840 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 656). RODIÈRE e PONT, t. II, p. 223, n. 938.

Vi ha una lieve difficoltà in quanto riguarda l'azione di un bene proprio della moglie. Il compratore non paga e diviene insolvibile. Se il diritto della moglie perisce per la negligenza del marito, non vi è dubbio ch'essa ha diritto ai danni ed interessi. Ma questo diritto costituisce un vero compenso? È certo che l'art. 1433 non è applicabile, perchè il diritto al prezzo è rimasto proprio della moglie, nulla è pervenuto alla comunione, e quindi essa non è tenuta a nulla a titolo di compenso. Sarà un'azione ordinaria di danni ed interessi contro il marito che cadrà nel passivo della comunione, come ogni debito del marito, ma che resta soggetta ai principii speciali che reggono i compensi (1).

455. Il marito delega ai suoi creditori il prezzo proveniente dall'alienazione d'un bene proprio della moglie. Questa ha diritto ad un compenso? Stando alla lettera della legge, bisognerebbe dire che la comunione non deve alcun compenso, perchè nulla è stato *versato* nella massa comune. Ma s'interpreterebbe male la legge, e contrariamente alla tradizione che il codice non ha fatto che consacrare. Il prezzo è versato nella comunione quando è pervenuto alla comunione, come s'esprime Pothier. Ora, il prezzo le è certamente pervenuto, quando il marito, signore e padrone, lo adopera per pagare il suo debito, che è pure il debito della comunione. Che importa che il prezzo sia delegato invece di essere versato nella comunione e rimesso poi al creditore? Il risultato è identico (2).

456. Diversa è la questione di sapere se è necessario che il prezzo versato nella comunione le abbia approfittato. La legge non lo esige. Basta, secondo l'interpretazione di Pothier, che il prezzo sia pervenuto alla comunione. Il marito ne diviene proprietario e ne fa ciò che vuole, poichè ne è signore e padrone. Dal momento che il prezzo è stato ricevuto dalla comunione, la moglie deve avere un compenso. Tale sarebbe il caso in cui il marito abbia fatto un dono manuale dei denari versati nella comunione. La Corte d'Angers ha giudicato così, in un caso in cui il marito aveva rimesso, a titolo di donazione, a un figlio naturale i denari provenienti dalla vendita. Si obbiettava che questa rimessa aveva avuto luogo nello studio del notaio, immediatamente dopo che la somma era stata numerata, per indurne che il prezzo non era stato versato nella comunione. Che importa? dice la Corte. I denari sono versati nella comunione, dal momento che il suo capo, il marito, li riceve e ne dispone. Ora, egli ne dispone donando, perchè ne ha il diritto (art. 1422). La legge non si preoccupa dell'impiego che il marito faccia del prezzo, essa non esige che questo impiego sia lucroso, essa non

(1) In senso contrario, RODIÈRE e PONT, t. V, p. 223, n. 938.

(2) DURANTON, t. XIV, p. 492 e seg., n. 358, che combatte l'opinione contraria di DELVINCOURT, la quale è rimasta isolata.

domanda che una cosa sola, cioè che il prezzo sia pervenuto alla comunione (1).

La Corte di cassazione ha consacrato questa dottrina in un caso che poteva sembrar dubbio. I coniugi avevano acquistato insieme un immobile, e il prezzo era stato pagato coi denari provenienti dall'alienazione d'un bene proprio. Era parso al primo giudice che la moglie non potesse reclamare il prezzo a titolo di compenso contro la comunione, avendo essa consentito a reimpiegarlo. Qui stava l'errore. Non vi era reimpiego, poichè non erano state osservate le condizioni richieste dalla legge. Ora, in mancanza di reimpiego, la moglie ha diritto ad un compenso, dal momento che il prezzo del suo bene proprio è stato versato nella comunione. L'art. 1433 è formale. La sentenza della Corte di Pau venne cassata (2).

457. Il coniuge che reclama un compenso pel prezzo del suo bene proprio alienato, deve provare che il prezzo è stato versato nella comunione? A nostro avviso, l'affermativa non è dubbia. È l'applicazione dei principii elementari che reggono la prova. L'attore deve dimostrare il fondamento della sua domanda. E su che è fondata, nella specie, la domanda del coniuge? Sul fatto che il prezzo del suo bene proprio è stato versato nella comunione. Egli deve dunque provare questo fatto. Non basta che il coniuge provi il fatto della vendita, perchè può sussistere la vendita, senza che il prezzo pervenga alla comunione. La vendita non è la causa del diritto del coniuge ad una indennità, ma soltanto l'occasione. La causa è che il prezzo è stato versato nella comunione. È dunque questo fatto che l'attore deve provare.

Ciò è generalmente ammesso quando chi reclama un compenso pel prezzo di un immobile è il marito. La Corte di cassazione ha giudicato così. Il primo giudice aveva ritenuto che il semplice fatto della vendita durante il matrimonio lascia presumere che il prezzo sia stato versato nella comunione. Esso ne conchiudeva che il marito non aveva nulla da provare, salvo al convenuto stabilire che il prezzo non era stato versato nella massa. Questa pretesa presunzione è una delle mille immaginate dagli interpreti i quali dimenticano che il solo legislatore ha diritto di creare delle presunzioni che tengano luogo di prova, e che una presunzione legale deve essere stabilita da una legge speciale che l'attribuisca a certi fatti. La decisione della Corte di Bourges venne cassata. La sentenza della Corte suprema è notevole: essa conferma pienamente la dottrina che noi siamo così sovente costretti a ripetere. La Corte è obbligata a richiamare i principii più elementari. È il coniuge attore

(1) Angers, 7 marzo 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 59). RODIÈRE e PONT, t. II, p. 222, n. 937.

(2) Cassazione, 30 marzo 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 236).

che deve provare la sua domanda, vale a dire, dimostrare che il prezzo è stato versato nella comunione. In mancanza di questa prova, la sua domanda dev'essere respinta (art. 1315). Si faceva una singolare obbiezione, che dinota l'ignoranza dei più semplici elementi del diritto. Il convenuto, si diceva, opponeva un'eccezione alla domanda, poichè sosteneva che il prezzo non era stato versato nella massa; il che addossava a lui l'onere della prova. No, dice la Corte di cassazione, il convenuto nega solamente che il prezzo sia stato versato, e negare non è opporre un'eccezione. L'attore è nel suo diritto negando. Solo allorquando l'attore ha dimostrato il fondamento della sua domanda il convenuto deve provare l'eccezione che gli oppone. La Corte di Bourges aveva dunque violato gli articoli 1315 e 1433 (1).

Si devono applicare gli stessi principii al caso in cui sia la moglie che reclama un compenso per il prezzo del suo immobile alienato? In diritto, non vi ha alcuna ragione di far differenza fra la moglie attrice e il marito attore. La moglie non sarebbe forse soggetta alla regola dell'art. 1315? E se vi è soggetta, con qual diritto sarebbe dispensata dall'obbligo che le incombe di provare il fondamento della sua domanda? Eppure lo si ritiene. Gli autori insegnano che il marito è amministratore dei beni personali della moglie, e ne conchiudono doversi presumere ch'egli abbia ricevuto il pagamento del prezzo, se il prezzo era esigibile e, per conseguenza, rigettano sul marito convenuto la prova che il prezzo è stato riscosso dalla moglie o che è ancora dovuto dall'acquirente (2). Noi non esitiamo ad affermare che nell'opinione generale vi è errore e confusione. Si ammette una presunzione che nessuna legge stabilisce, e si viola l'art. 1351. Per conseguenza, si dispensa l'attore dal dare fornire la prova della sua domanda, e si viola l'art. 1315. Ecco l'errore, e non potrebbe essere contestato, poichè i principii sono irrefutabili. Diciamo che vi è confusione. Pagare al marito significa pagare alla comunione, dice Troplong. No, il marito non riceve come capo della comunione, ma come amministratore dei beni della moglie, e ciò che riceve come amministratore non è versato necessariamente

(1) Cassazione, 13 agosto 1832 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 1502). Cfr. Rigetto della Corte di cassazione del Belgio, 10 giugno 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 406). Questa sentenza non è contraria alla decisione della Corte di cassazione di Francia. Essa decide che il semplice fatto che il marito ha ricevuto i denari importa la prova che furono versati nella comunione. Era provato, nel caso concreto, che il marito aveva ricevuto il prezzo della vendita e che non lo aveva reimpiegato. Questa prova era sufficiente, mentre, nel caso giudicato dalla Corte di cassazione di Francia, era dimostrato soltanto il fatto della vendita. La sentenza impugnata ne traeva una *presunzione* legale che dispensava l'attore dalla prova. Vi ha una sentenza nello stesso senso della Corte di cassazione di Francia. Rigetto, 9 aprile 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 28). L'estensore della sentenza lo ha male interpretato e mal formulato.

(2) MARCADÉ, t. V, p. 533, n. II dell'art. 1483. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 224, n. 939. TROPLONG, t. I, p. 330, n. 1096. Vi ha una sentenza 8 giugno 1855 della Corte di Bruxelles nello stesso senso (*Pasicrisie*, 1856, 2, 57).

nella comunione. Dunque si accumulano presunzioni che la legge ignora e si confonde ciò che il marito fa come amministratore dei beni della moglie, con quello che fa come signore e padrone della comunione. Non si venga ad opporci delle probabilità. Per quanto forti, le probabilità non diventano una presunzione che in forza della legge. L'interprete non può attribuire a probabilità di fatto l'efficacia d'una presunzione legale.

458. Quale è l'ammontare del compenso al quale il coniuge ha diritto? Il codice non lo dice in termini formali, ma il principio risulta dal testo dell'art. 1433. Nei due casi previsti dalla legge si tratta d'un prezzo, sia per vendita d'un bene proprio, sia per riscatto di servitù fondiarie. Questo prezzo è versato nella comunione. È questo prezzo, dice l'art. 1433, che il coniuge preleva sulla massa comune. Così l'ammontare del compenso consiste nella somma che è stata versata nella comunione, o, come dice Pothier, che le è pervenuta. Poco importa che la comunione ne abbia approfittato. Essa ne approfitta sempre, nel senso che diviene proprietaria dei denari che riceve. Quanto all'impiego dei denari, esso è estraneo alla questione dei compensi (n. 456). Non si deve dunque considerare il valore dell'immobile o delle servitù fondiarie. Esso può essere superiore o inferiore al prezzo. È il venditore che ne approfitta o che ne soffre. Ciò non riguarda la comunione. Questa è tenuta ad un compenso pei denari che riceve e che deve restituire.

L'art. 1433 non contiene che esempi, vale a dire applicazioni d'un principio. Lo stesso principio si applica a tutti i compensi che la comunione deve ai coniugi. Bisogna dunque formularlo in termini generali. L'ammontare del compenso è determinato dall'importo della somma versata nella comunione. È la disposizione testuale. Essa è in armonia collo spirito della legge. Perchè il coniuge ha diritto ad un compenso? Perchè un valore suo proprio è stato versato nella comunione. Egli ha diritto di *riprendere* ciò che vi fu conferito. Secondo la dottrina tradizionale si dice che la comunione deve compenso per quello di cui s'è arricchita. E lo stesso concetto, purchè non si intenda la parola *arricchire* nel senso che la comunione abbia ritratto un *profitto* dalla somma incassata (1).

459. L'art. 1433 applica il principio alla vendita d'un bene proprio. Esso stabilisce che il coniuge preleva sulla comunione il prezzo che vi è stato versato. La consuetudine di Parigi diceva in termini più chiari ancora: *Il prezzo di vendita è ripreso.* È, in fondo, la stessa idea, perchè le parole *prelevamento* e *ripresa* sono sinonime nel linguaggio del codice (art. 1471 e 1472) e il *prelevamento del prezzo* costituisce una delle *riprese* che i coniugi fanno prima della divisione. È dunque il *prezzo della vendita* che il coniuge venditore *riprende.* Pothier dà il com-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 185, n. 78 *bis* III.

mento di questo testo. Se il bene proprio è stato stimato nel contratto di matrimonio, il coniuge ha diritto alla ripresa di questa stima? No, perchè la stima constata il valore dell'immobile al momento del matrimonio. Ora il coniuge non riprende il valore, ma il *prezzo*, perchè è il *prezzo* che è stato versato nella comunione e non il *valore*. Per la stessa ragione, il coniuge non riprende il *valore* che aveva l'immobile al momento dell'alienazione, perchè non è il valore che è stato versato nella comunione, ma il prezzo, e il coniuge non può *riprendere* se non quello che la comunione ha ricevuto (1).

460. L'art. 1433 dice che il coniuge preleva il prezzo che è stato versato nella comunione, vale a dire il prezzo reale e non il prezzo simulato che può esser stato dichiarato nell'atto dalle parti contraenti, perchè è il prezzo reale che è versato e che la comunione riceve, non il prezzo fittizio. La Corte di cassazione s'è pronunciata in questo senso, e non vi ha alcun dubbio in proposito. Nella specie, il primo giudice, attenendosi al significato volgare della parola *prezzo*, aveva deciso che il compenso non poteva farsi che sulla base della vendita. Dunque, diceva la Corte di Lione, l'atto di vendita è decisivo. L'articolo 1436, invocato dalla sentenza, non dice ciò che gli si attribuisce: « Il compenso non ha luogo che sulla base della vendita, non ostante qualunque affermazione relativa al valore dell'immobile alienato ». Non è detto in termini assoluti che la ripresa debba seguire sulla base della vendita. La legge confronta il prezzo portato nel contratto col valore dell'immobile. Essa dice dunque, in altri termini, che il coniuge riprende, non il valore, ma il prezzo. Non si tratta di confrontare il prezzo reale col prezzo fittizio che le parti avrebbero dichiarato nel contratto. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Che cosa *riprende* il coniuge? Ciò che la comunione ha ricevuto, e quindi il prezzo reale che vi è stato versato. L'interpretazione della Corte di Lione aprirebbe l'adito alla frode, per meglio dire, faciliterebbe e consacrerebbe la frode. Un immobile della moglie è venduto per trentamila lire. Il marito fa mettere nell'atto un prezzo fittizio di ventimila. Egli froda il fisco e froda i diritti della moglie se la ripresa ha luogo al prezzo dichiarato. Nella comunione saranno state versate trentamila lire e la moglie non ne riprenderà che ventimila. Il compenso è fondato sopra una considerazione d'equità e di giustizia. La comunione non deve arricchirsi a spese dei coniugi. Ora, essa s'arricchirebbe di diecimila lire se, avendone ricevute trentamila, non ne rendesse che ventimila (2).

461. Il prezzo simulato dà luogo ad una difficoltà di prova. Si domanda se il coniuge creditore venga ammesso a provare quale

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 586.

(2) Cassazione, 14 febbraio 1843 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 3354). RODIÈRE e PONT, t. II, p. 224, n. 941, e tutti gli scrittori.

sia il vero prezzo e se possa dare questa prova mediante testimonii. Noi crediamo che il coniuge può esperire la prova testimoniale qualunque sia l'ammontare del prezzo versato nella comunione. Vi ha un caso in cui la questione non è dubbia. Il marito vende un bene proprio per ventimila lire. L'atto reca che la vendita ha avuto luogo per trentamila. La dichiarazione è fatta in frode dei diritti della moglie. Se la ripresa si facesse sulla base dell'atto, il marito riprenderebbe trentamila lire, mentre non ne ha versate che ventimila. La comunione sarebbe in perdita di diecimila lire, il che costituisce per la moglie una perdita di cinquemila. Questa può provare con testimonii il fatto della simulazione e della frode? L'affermativa è certa. Sta il principio che i terzi possono provare, con testimonii e con semplici presunzioni, la frode commessa a loro danno (articoli 1348 e 1353). Ora la moglie è un terzo, e quindi può provare con testimonii che il prezzo è, non di trentamila lire, ma di ventimila. Rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni* per ciò che concerne il principio.

Se una delle parti contraenti domanda di provare che il prezzo nel contratto è simulato, la questione diviene difficile e dubbia. Si tratta di sapere se debbano applicarsi alla specie i principii che reggono la prova testimoniale. A termini dell'art. 1341, non è ammessa la prova per mezzo di testimonii contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti. Se si deve applicare questa regola, non si potrà ammettere la prova testimoniale quando il coniuge venditore domanda di provare che il prezzo da lui dichiarato nell'atto è simulato. Infatti, sarebbe questa una prova contro l'atto, e l'art. 1341 vieta di darla per mezzo di testimonii. La Corte di cassazione s'è pronunciata per l'ammissione della prova testimoniale. Nel caso concreto si trattava della vendita d'un bene proprio della moglie fatta da entrambi i coniugi. Gli eredi della moglie domandavano di provare per mezzo di testimoni che il prezzo dichiarato nell'atto era simulato. Si opponeva loro l'art. 1341. La moglie essendo parte nell'atto, non poteva provare per mezzo di testimonii contro il medesimo. La Corte di cassazione risponde, che la regola dell'art. 1341 va soggetta ad eccezione, nei casi previsti dall'art. 1348, specialmente quando vi è quasi-delitto. Ora, la simulazione allegata dagli attori era fraudolenta, e quindi costituiva un quasi-delitto da parte del marito a riguardo della moglie. La Corte ne conchiude che la frode può esser provata per mezzo di testimonii. Senza dubbio, la frode e il dolo si provano per mezzo di testimonii e di presunzioni, ma poteva la moglie invocare questo principio, quando essa stessa aveva partecipato alla simulazione, che mirava probabilmente a frodare il fisco? Ne pare assai dubbio. La legge ammette la prova della frode per mezzo di testimonii, perchè è stato impossibile a colui che l'allega di procurarsene una prova scritta. Ora, essendo i due coniugi d'accordo per simulare il vero prezzo, che cosa impedisce loro di stendere un altro atto? L'articolo 1348

non sarebbe applicabile che nel caso in cui il marito avesse usato raggiri fraudolenti per spingere la moglie a dichiarare un prezzo simulato e allo scopo di frodare il suo diritto al compenso. In questa ipotesi, sarebbe stato moralmente impossibile alla moglie di procurarsi una prova scritta della frode commessa a suo danno e, per conseguenza, la prova testimoniale sarebbe ammissibile senza limiti di sorta. La Corte di cassazione dà un altro motivo. Quand'anche, essa dice, la moglie avesse partecipato scientemente alla simulazione del prezzo, questo fatto non potrebbe esserle opposto, perchè conseguenza dell'ascendente che su di lei esercita il marito. Ma non è questo stabilire in favore della moglie una presunzione che la legge ignora? Secondo l'art. 1348, la moglie dovrebbe provare di essersi trovata nell'impossibilità di procurarsi una prova scritta della simulazione cui essa medesima ha concorso. La Corte la dispensa da questa prova, dicendo che il suo concorso alla dichiarazione non è ordinariamente che il risultato coattivo dell'ascendente maritale (1). Il solo legislatore può dispensare l'attore dalla prova che gl'incombe, stabilendo una presunzione in suo favore, ma in nessun luogo la legge sancisce la presunzione che la moglie non sia libera quando partecipa ad un atto inferiore al marito.

La Corte di Douai ha formulato nettamente la dottrina che noi combattiamo. Essa distingue, in quanto riguarda la prova della simulazione, tra il marito e la moglie. Al marito applica l'art. 1341. L'atto fa fede a suo riguardo del prezzo che enuncia, perchè egli è padrone di stendere l'istromento come vuole e, per conseguenza, non può provare contro il contenuto del medesimo. Non accade così della moglie. Essa non stipula nel contratto che sotto l'influenza dell'autorità maritale. *Il suo consenso non è sufficientemente volontario e libero per essere obbligatorio da parte sua*, quando i suoi diritti si trovano compromessi da una falsa enunciazione. Ecco precisamente la presunzione per cui la moglie è dispensata dalla prova che dovrebbe dare secondo l'art. 1348 (2). Noi non crediamo che il giudice possa fondarsi su quello che avviene ordinariamente per indurne che la moglie non è libera. Il legislatore soltanto ha questo diritto. La nostra conclusione è, che la prova per mezzo di testimonii della simulazione del vero prezzo non può farsi, se si ammette che la questione va risoluta secondo i principii degli articoli 1341 e 1348.

462. Vi è un'altra opinione la quale esclude l'art. 1341, siccome non applicabile alla questione che discutiamo. Dicendo che la prova per mezzo di testimoni non è ammessa contro l'atto, l'art. 1341 ha in vista i rapporti delle parti contraenti fra di loro, i diritti e gli obblighi che sono constatati dall'atto. Una di

---

(1) Cassazione, 14 febbraio 1843 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 3354), e 30 dicembre 1857 (DALLOZ, 1858, 1, 37).

(2) Douai, 28 aprile 1851 (DALLOZ, 1852, 2, 290).

esse non può provare che questi diritti non sono quali l'atto li formula. Essa non può nemmeno dare questa prova per mezzo di testimonii, perchè lo scritto la vince sulle testimonianze. Ora, quando il marito o la moglie domandano di provare che il prezzo vero è stato simulato nell'atto, la questione non esiste fra le parti contraenti, venditore e compratore. Il compratore è fuori di causa. Si tratta di sapere qual'è il prezzo versato nella comunione, e per cui questa deve compenso. È un ordine di concetti del tutto diverso il quale è estraneo alla massima che la prova per iscritto va anteposta alla testimoniale (1). L'interpretazione è ingegnosa, ma non contrasta forse coi termini assoluti dell'art. 1341? « Non è ammessa alcuna prova per mezzo di testimonii contro ed in aggiunta al contenuto in atti scritti ». Dunque coloro che vi figurano devono aver cura di procurarsi una prova scritta della realtà dei fatti quando essa è simulata nell'atto, altrimenti si può loro opporre la regola dell'art. 1341.

Noi tenteremo un'altra spiegazione, la quale pure esclude l'applicazione dell'art. 1341. Sta il principio che i fatti puri e semplici si provano indefinitamente per mezzo di testimonii. Ora, qual'è, nella specie, il fatto di cui l'attore che chiede compenso vuol dare la prova? Il fatto che una somma venne versata nella comunione da uno dei coniugi. Questo fatto doveva essere constatato per iscritto? Si può sostenere che è un fatto materiale. Il fatto giuridico, nella specie, è la vendita, e ancora il reimpiego del prezzo. Ma il fatto del versamento d'una somma nella cassa della comunione è un fatto puro e semplice o materiale, e quindi si può provarlo per mezzo di testimonii. In questo modo non ci mettiamo in opposizione coll'art. 1341. Non si tratta di sapere qual sia il prezzo della vendita, ma bensì quale somma è stata versata nella comunione. La parte interessata non potrà dimostrare qual sia l'importo preciso della somma versata? La prova testimoniale sarebbe certamente ammessa, perchè è la sola prova possibile dei fatti. Il marito riceve il prezzo pagato dal compratore. Ecco un fatto giuridico che deve essere provato secondo la regola dell'art. 1341. Indi il marito versa tutto o parte del prezzo nella comunione. Ecco un fatto materiale. Si può anche dire che la moglie è nell'impossibilità di procurarsi una prova scritta di questo fatto, perchè essa non vi concorre. Il marito stesso non potrebbe redigere uno scritto nè far stendere un atto del deposito che fa nelle sue mani, perchè questo deposito non proverebbe che il prezzo è pervenuto alla comunione. Non restano che la prova testimoniale e le presunzioni.

Aggiungeremo che l'ammissione della prova testimoniale è il solo mezzo per garantire i diritti dei coniugi, e specialmente della moglie. La legge le assicura un diritto al compenso, anzi le ac-

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 353, nota 5, § 511 (4.ª ediz.).

corda dei privilegi per garantirne la ripresa. A che cosa servirebbero queste garanzie se la moglie dovesse provare per iscritto il fatto del versamento? Il più delle volte la prova sarebbe impossibile, ed il diritto della moglie perirebbe per mancanza di prova. Vi hanno scrittori e sentenze che si sono posti esclusivamente sul terreno dei compensi (1). Per conseguenza, essi ammettono tanto il marito quanto la moglie a provare per mezzo di testimonii quale somma sia stata versata nella comunione. Innanzi tutto, si dice, bisogna mantenere la composizione del fondo comune e del patrimonio proprio dei coniugi nei termini della legge. È questo lo scopo dei compensi. Verissimo; ma riman sempre la difficoltà della prova, ed è pur grave. Non la si risolve certo coll'eliminarla passandola sotto silenzio.

463. Gli stessi principii si applicano a tutti i casi in cui vi ha luogo a compenso in favore dei coniugi. Se l'immobile proprio d'un coniuge è stato dato in pagamento d'un debito della comunione, questa deve un compenso, ma di qual somma? Del valore dell'immobile? No, della somma versata nella comunione. Nel caso di dazione in pagamento, è l'ammontare del debito che costituisce il versamento, e quindi il coniuge ha diritto di riprendere questa somma. Ciò ha pure fondamento razionale. La comunione restituisce quanto ha ricevuto. Ora, essa non ha ricevuto che la somma necessaria per pagare il suo debito. Essa si è, come ordinariamente si dice, locupletata di questa somma, e non è tenuta se non per quel tanto di cui si è arricchita (2).

464. L'art. 1433 prevede il caso del riscatto di servitù fondiarie dovute a fondi proprii di uno dei coniugi. Di che cosa gli è dovuto compenso? Si tratta della vendita di una parte della proprietà. Bisogna dunque applicare il principio della vendita, vale a dire che il coniuge ha diritto di riprendere il prezzo che venne versato nella comunione.

Pothier prevede un'altra ipotesi che non è chiara, ma che fa risaltare egregiamente il principio. Esso suppone tre fondi contigui. Quello superiore è un bene proprio, il mediano spetta ad un vicino, l'inferiore è un bene di comunione. Io faccio col mio vicino una convenzione mediante la quale libero il suo fondo da un diritto di servitù che doveva ad un mio bene proprio. Come prezzo di questa rinuncia il vicino libera il bene di comunione da una servitù che questo doveva al suo fondo. Io ho diritto a compenso, poichè ho arricchito la comunione affrancando un diritto di servitù che gravava il suo fondo, e le ho procurato questo vantaggio a mie spese, rinunciando alla servitù dovuta al mio bene proprio. Quale sarà l'ammontare di

---

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 226, n. 942. Besançon, 21 giugno 1845 (Dalloz, 1851, 5, 93).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 186, n. 78 *bis* V.

questo compenso? Pothier risponde che consisterà nella somma corrispondente al valore d'affrancazione della servitù che gravava il fondo della comunione. Infatti, la comunione si è arricchita di questa somma. Ma Pothier aggiunge una riserva: « Fino a concorrenza soltanto della somma che vale la servitù alla quale io ho rinunciato, di modo che, se questa valeva mille lire, mentre la servitù che gravava il bene di comunione ne valeva milleduecento, la comunione non darebbe che un compenso di mille lire. Perchè la comunione non deve la somma di milleduecento lire di cui approfitta? Perchè essa non deve compenso pel profitto che ha ritratto dalla somma ricevuta, ma soltanto per questa che è stata versata. Ora, che cosa ho io versato nella comunione? Il valore del mio diritto di servitù, mille lire. Io non posso dunque reclamarne che mille (1).

465. L'art. 1403 dà diritto ad un compenso al coniuge sul fondo del quale è stata aperta una miniera od una cava durante il matrimonio, se i prodotti sono stati versati nella comunione. Quale sarà l'ammontare del compenso? Si supponga che, deduzion fatta delle spese d'apertura e d'esercizio, i prodotti salgano a trentamila lire. È di questa somma che la comunione dovrà compenso? Sì, ma, si dice, colla restrizione che fa Pothier. Bisogna vedere che cosa il coniuge proprietario del fondo versa nella comunione. Ora, egli vi versa soltanto la somma che rappresenta la diminuzione di valore che il suo fondo subisce in conseguenza dell'apertura e dell'esercizio della miniera. Supponiamo che vi sia una diminuzione di valore di venticinquemila lire. Egli non avrà versato nella comunione che questa somma, e quindi non ha diritto che ad un uguale compenso. E la soluzione di Duranton (2). Essa ci lascia un dubbio. Il conjuge ha diritto di riprendere ciò che ha versato. Ora egli ha realmente versato trentamila lire, e quindi riprende questa somma. Vi ha differenza fra questa ipotesi e quella della servitù supposta da Pothier. Quando io rinuncio ad una servitù che vale mille, non verso realmente che mille nella comunione. Poco importa che la mia rinuncia procuri un maggior profitto alla comunione. La comunione restituisce il valore che ha ricevuto e non il profitto che ne ritrae. Nel caso dell'art. 1403, la comunione riceve, come abbiamo supposto, trentamila lire. Essa deve restituirle. Non è esatto dire che il coniuge non s'impoverisce che di venticinquemila. Egli si spropria di ciò che versa, e versa realmente trentamila lire. Ora, il coniuge ha diritto a compenso per ciò che ha versato nella comunione.

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 607. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 186, numero 78 *bis* V.

(2) DURANTON, t. XIV, p. 462, n. 335.

Il coniuge ha diritto a compenso, in forza dell'art. 1403, anche quando siasi fatto, anticipando sull'ordine normale, il taglio di un bosco che gli appartiene. Quale sarà l'ammontare del compenso? Un taglio che avrebbe dovuto seguire nel 1877 è stato fatto nel 1870, e la comunione si è sciolta nel 1875. Il coniuge proprietario ha diritto ad una indennità per quello che ha prodotto il taglio, deducendo però il valore dei due anni che il bosco aveva al giorno dello scioglimento della comunione. Ecco ciò che il coniuge ha realmente versato nella comunione (1).

II. — Dei diritti vitalizi.

1. — Vendita d'un bene proprio contro un diritto vitalizio.

466. Si applicano i principii generali all'alienazione d'un bene proprio quando il prezzo consiste in una rendita vitalizia o in un usufrutto? La questione solleva due difficoltà. Si domanda anzitutto se vi ha luogo a compenso, e dato che un compenso sia dovuto, quale ne è l'ammontare.

Noi crediamo che si debba applicare all'alienazione d'un bene proprio in corrispettivo d'un diritto vitalizio il principio generale stabilito dall'art. 1433. La legge non distingue in che consista il prezzo che il coniuge riceve per l'alienazione d'un bene proprio. Purchè vi sia un prezzo e il medesimo venga versato nella comunione, questa deve restituire ciò che ha ricevuto. Ora, quando io vendo un immobile per una rendita vitalizia, vi ha certamente un prezzo, salvo a vedere in che cosa consista. Vi ha dunque luogo a compenso. Nell'antico diritto accadeva così. Non si discuteva nemmeno la questione, tanto la soluzione sembrava evidente di fronte al testo della consuetudine. Vi ha un prezzo versato nella comunione, e dunque il coniuge lo riprende. La sola difficoltà consisteva nel sapere quale fosse la cifra del compenso che il coniuge poteva reclamare e su quali basi doveva fissarsene l'ammontare. È l'unico punto esaminato da Pothier e Lebrun. Questo basta, ci sembra, per troncare la questione. Il codice ha riprodotto la disposizione della consuetudine di Parigi. Bisogna dunque intenderla come la si interpretava nell'antico diritto, a meno che non si provi che il codice deroga alla tradizione (2).

Lo si è sostenuto. L'art. 588, si dice, considera le annualità della rendita vitalizia come il prodotto del diritto alla rendita, e le equipara agli interessi. Se ne conchiude che la comunione ha diritto alle annualità a titolo di frutti civili, senza essere

---

(1) Duranton, t. XIV, p. 463, n. 337.

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 352 e nota 4, § 511. Questa opinione è difesa benissimo da Colmet de Santerre, t. VI, p. 191, n. 78 *bis* XI.

tenuta ad alcuna restituzione, precisamente come l'usufruttuario. Che cosa è, secondo questo sistema, l'alienazione d'un immobile in corrispettivo d'una rendita vitalizia? La permuta d'un bene proprio contro un altro bene proprio. La rendita vitalizia rimane proprietà del coniuge venditore. Per questo titolo, egli non ha alcun compenso da reclamare. Se sopravvive, conserva il suo diritto alla rendita. Se premuore, il suo diritto s'estingue, è vero, ma ciò non toglie che la rendita sia stata un bene suo proprio e che gli abbia tenuto luogo dell'immobile alienato. Quanto alle annualità percepite dalla comunione, il coniuge non vi ha alcun diritto, poichè spettano alla comunione a titolo di frutti (1). La Corte di cassazione risponde che questa dottrina confonde due ipotesi affatto diverse. L'art. 588 regola i rapporti tra il nudo proprietario e l'usufruttuario. Esso decide la questione di sapere in che consiste la sostanza d'una rendita vitalizia, sostanza che l'usufruttuario deve conservare per restituirla al cessare dell'usufrutto. La disposizione così intesa si applica anche alla comunione usufruttuaria. Se uno dei coniugi ha una rendita vitalizia al momento del matrimonio, e se questa rendita gli resta propria, la comunione, che ha il godimento dei beni proprii, percepirà le annualità della rendita senza essere tenuta, per questo titolo, ad alcuna restituzione. Se la rendita esiste ancora allo scioglimento della comunione, il coniuge creditore della rendita la riprende, come riprende tutti i suoi beni proprii. Diversa è la questione dei compensi. Essa va decisa, non coll'art. 588, ma coll'art. 1433. La comunione aveva il godimento d'un immobile che le fruttava un reddito di milleduecento lire. Questo immobile è alienato in corrispettivo d'una rendita vitalizia di duemila. Il coniuge venditore versa il prezzo del suo bene proprio nella comunione? Qui sta la questione del compenso. Ora, egli è certissimo che le annualità rappresentano una parte del capitale, e quindi una parte del fondo. Per conseguenza, una parte del fondo è versata nella comunione. La comunione non ha alcun diritto al fondo, nè al capitale del prezzo, nè, per conseguenza, alla parte delle annualità che tengono luogo del fondo. Essa deve dunque restituire questa parte delle annualità come restituisce il prezzo del capitale che riceve. Che riceva il fondo sotto forma di prezzo fisso, o sotto forma di rendite vitalizie, che importa? Essa s'arricchisce, in ogni ipotesi, a spese del coniuge proprietario. Questi, versando nella comunione una parte della sua proprietà, ha diritto, per questo titolo, ad un compenso.

Si obbiettano le assurde conseguenze alle quali conduce l'opinione generalmente seguita. Supponiamo, si dice, che la comunione duri quarant'anni dopo che uno dei coniugi ha alienato

---

(1) È l'opinione di Rodière e Pont e degli scrittori che essi citano (t. II, p. 230, nota 2).

il suo bene proprio per costituire una rendita vitalizia. Essa dovrà la differenza che esiste fra il reddito ordinario e le annualità della rendita, ottocento lire, nell'esempio che abbiamo dato testè. Dunque, dopo quarant'anni, il coniuge avrà diritto ad un compenso di trentaduemila lire, e riprenderà inoltre la sua rendita. Perchè ciò è assurdo? Il coniuge non ha forse versato nella comunione trentaduemila lire che erano sue proprie, perchè rappresentano il prezzo d'un bene proprio? Questo prezzo è superiore al valore dell'immobile alienato, ma che importa? Il coniuge riprende il suo prezzo, e la comunione restituisce ciò che ha ricevuto (1). Ma anche supponendo che questo risultato sia assurdo, che importa a noi? Spetta al legislatore prendere in considerazione i risultati e le conseguenze dei principii che egli consacra. Il giudice non deve preoccuparsene. Egli applica la legge com'è. Se è cattiva, si ricorra al legislatore.

467. Ci rimane da vedere in qual modo si determini l'ammontare del compenso. Noi crediamo che si debba seguire la tradizione anche su questo punto, come sulla questione che abbiamo veduto or ora. Così decide la giurisprudenza. Pothier pone come principio che il compenso consiste nella eccedenza delle annualità della rendita, percepite dopo l'alienazione del fondo fino allo scioglimento della comunione sui redditi del fondo stesso, i quali sarebbero caduti nella comunione se il bene proprio non fosse stato alienato. Il principio discende dal motivo sul quale è fondato il compenso. Le annualità si compongono di due elementi dal punto di vista dei diritti della comunione, anzitutto degli interessi del prezzo capitale che ha servito a fissare l'ammontare della rendita, e poi di una parte del capitale che varia a seconda dell'età del creditore della rendita. La comunione non deve compenso per la parte delle annualità che rappresenta il reddito dell'immobile, perchè ha diritto al godimento dei beni proprii. Essa non deve compenso che per la parte delle annualità che rappresenta il capitale o il fondo, perchè non ha diritto al fondo, nè al capitale che lo rappresenta.

Pothier dà il seguente esempio. Il reddito d'un bene proprio alienato era di seicento lire annue. Esso vien ceduto in corrispettivo di una rendita vitalizia di mille lire. La comunione dura dieci anni dopo l'alienazione. Di che cosa la comunione deve compenso? La rendita vitalizia eccede di quattrocento lire annue il reddito dell'immobile alienato. È una somma di quattromila lire, pei dieci anni trascorsi dopo l'alienazione, di cui la comunione ha approfittato e di cui il coniuge venditore deve avere la ripresa. Se la comunione si è sciolta per la morte del venditore della

(1) Cassazione, 8 aprile 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 108). Rigetto, 1.° aprile 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 311). Le Corti d'appello sono divise, ma le sentenze sono anteriori a quella della Cassazione. Vedi le citazioni in AUBRY e RAU e in RODIÈRE e PONT.

rendita, la rendita si è estinta per la stessa causa. Gli eredi del coniuge non avranno che il compenso, come noi l'abbiamo calcolato. Se è il coniuge creditore della rendita che sopravvive, egli ha diritto di riprendere la rendita che gli è propria. È il diritto comune (1).

2. — Alienazione d'un diritto vitalizio.

468. Uno dei coniugi può avere un diritto vitalizio in proprio, sia una rendita vitalizia stipulata come propria nel contratto di matrimonio, sia un usufrutto immobiliare. Supponiamo che venga alienato un usufrutto immobiliare. Questa alienazione dà luogo a compenso? La questione è controversa e dubbia. Fin qui Pothier ci ha servito di guida e, nel dubbio, noi stiamo alla tradizione. Ma la guida ci manca sulla questione che abbiamo formulata, perchè Pothier ha variato. Ci troviamo dunque di fronte a due opinioni contrarie che si appoggiano entrambe sull'autorità di Pothier. La maggior parte degli scrittori seguono quella ch'egli ha insegnato nell'ultima parte del suo *Trattato della comunione* (n. 592). Noi preferiamo quella che professa nella *Introduzione alla consuetudine d'Orléans* (t. X, n. 106).

Per risolvere la questione bisogna fare una distinzione. La comunione può sciogliersi per la morte del coniuge in testa al quale il diritto vitalizio, come l'usufrutto, era costituito, e può essere sciolta per la morte dell'altro coniuge, pel divorzio, la separazione di corpo o la separazione dei beni. In quest'ultima ipotesi non vi ha alcuna difficoltà. Tutti sono d'accordo nel ritenere che vi ha luogo a compenso. Il dissenso riappare quando si tratta di stabilire l'ammontare del compenso. Ritorneremo su questo punto. Bisogna vedere anzitutto se il coniuge superstite, divorziato, separato di corpo o di beni, ha diritto ad un compenso. Il coniuge che ha un usufrutto immobiliare l'aliena, e il prezzo di questo bene proprio è versato nella comunione. Un compenso è dovuto al coniuge, perchè è versato nella comunione il prezzo d'un bene proprio. Siamo nel testo della legge. Non si può obbiettare al coniuge venditore che il suo diritto è vitalizio e che si sarebbe estinto alla sua morte, perchè, nella specie, il diritto non si sarebbe estinto, giacchè il coniuge usufruttuario, superstite allo scioglimento della comunione, avrebbe ripreso il suo diritto d'usufrutto. Egli non può riprenderlo, perchè lo ha alienato. Ha dunque diritto di riprendere ciò che ha versato nella comunione in conseguenza di questa alienazione, altrimenti la comunione s'arricchirebbe a sue spese, poichè

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 594. AUBRY e RAU, t. V, p. 356, nota 11, § 511, e le due sentenze citate più sopra, p. 363. Bisogna aggiungere Bordeaux, 10 maggio 1871 (DALLOZ, 1871, 2, 219). COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 193, n. 78 *bis* XII, ha un altro sistema sul quale ritorneremo.

approfitterebbe del prezzo d'un diritto che è proprio del coniuge usufruttuario. Lo spirito della legge è dunque d'accordo col testo nel dare al coniuge diritto ad un compenso. Questo diritto ci pare certo.

Non è così quando la comunione si scioglie per la morte del coniuge in testa al quale l'usufrutto era costituito. Prendiamo l'usufrutto come esempio. Quello che ne diremo s'applica naturalmente anche alla rendita vitalizia. Pothier insegna nella sua *Introduzione alla consuetudine d'Orléans*, che il coniuge che aliena l'usufrutto non ha diritto ad un compenso in questa ipotesi. Perchè vi sia luogo a compenso, egli dice, bisogna che il coniuge abbia perduto coll'alienazione un valore proprio che avrebbe avuto il diritto di riprendere allo scioglimento della comunione. Il compenso lo indennizza di questa perdita. Non vi ha più luogo a compenso quando il coniuge non perde nulla coll'alienazione, perchè il compenso è una indennità, e chi non perde nulla non può domandare di essere indennizzato. Ora, tale è la situazione del coniuge che ha alienato un usufrutto quando viene a morire. L'usufrutto si sarebbe estinto alla sua morte, quand'anche non l'avesse alienato. I suoi eredi non avrebbero dunque potuto reclamare un'indennità per questa alienazione, perchè essa non reca loro alcun danno. È vero che non trovano il diritto d'usufrutto nella successione del loro autore, ma se non lo trovano, non è perchè sia stato alienato, sibbene perchè l'usufrutto, che è un diritto vitalizio, si sarebbe estinto, indipendentemente da ogni alienazione, per la morte del coniuge usufruttuario. Quindi essi non possono reclamare alcun compenso, perchè ogni compenso suppone una perdita. Non vi ha luogo ad indennizzare chi non perde nulla. Questa soluzione è anche razionale. Vi ha una differenza essenziale fra l'alienazione d'un immobile e l'alienazione d'un diritto vitalizio. L'alienazione d'un immobile diminuisce necessariamente il patrimonio di colui che l'aliena, perchè questo immobile si sarebbe trovato nel suo patrimonio allo scioglimento della comunione. Se gli eredi del coniuge venditore non ve lo trovano, è in causa dell'alienazione, e quindi l'alienazione li costituisce in perdita. Di qui il diritto a compenso contro la comunione che ha percepito il prezzo dell'alienazione. Non è così quando il coniuge vende un diritto vitalizio. Questo diritto si sarebbe estinto per sua natura alla morte del coniuge. Si può dire che il suo patrimonio è diminuito con questa alienazione quando la comunione viene a sciogliersi colla sua morte? Il patrimonio di chi ha un diritto vitalizio diminuisce incessantemente, perchè la morte si avvicina tutti i momenti, e a misura che la morte si avvicina, il diritto perde del suo valore. Il patrimonio diminuisce dunque per la natura del diritto. Se ne resta qualche cosa allo scioglimento della comunione, il coniuge ha diritto ad una indennità. Se non ne resta niente, il coniuge o i suoi eredi non possono reclamare alcuna indennità per l'alienazione del diritto, perchè se il di-

ritto non si trova più nel patrimonio del coniuge, non è in causa dell'alienazione, ma in causa della natura vitalizia del diritto (1).

469. In una materia così difficile non basta esporre l'opinione che preferiamo, bisogna anche far conoscere l'opinione contraria, che Pothier ha finito coll'abbracciare e che è seguita dalla maggior parte degli scrittori moderni. Pothier dice che il coniuge il quale vende un diritto d'usufrutto o di rendita vitalizia suo proprio ha diritto ad un compenso in tutti i casi, vale a dire senza distinguere se lo scioglimento della comunione è avvenuto per la premorienza del coniuge al quale apparteneva il diritto vitalizio, o per la morte dell'altro. È la sola allusione che Pothier faccia alla sua prima opinione. Egli non la combatte e non motiva il suo novello avviso. Si indovina del resto facilmente il motivo che lo ha fatto cambiar parere. Sono i termini assoluti della consuetudine, la quale dà diritto ad un compenso in tutti i casi in cui vi sia alienazione d'un bene proprio, senza distinguere se questo bene è un immobile od un diritto vitalizio. L'art. 1433 riproduce la disposizione della consuetudine di Parigi. Esso dà diritto ad un compenso dal momento che un immobile è venduto e che il prezzo ne è versato nella comunione. Non è il caso di dire che l'interprete non può distinguere ove la legge non distingue? Rispondiamo che la distinzione fra i diritti perpetui ed i diritti vitalizi risulta dalla natura stessa di questi diritti. Quando è alienato un immobile proprio, il patrimonio del coniuge è necessariamente diminuito, ed è la comunione che approfitta di questa alienazione percependo il prezzo. Essa non ha diritto all'immobile venduto, come non ne ha diritto al prezzo. Se questo prezzo è versato nella comunione, il coniuge o i suoi eredi hanno il diritto di riprenderlo, altrimenti la comunione si arricchirebbe a loro spese. Ecco le circostanze nelle quali vi ha luogo a compenso. Questa situazione non si presenta quando il coniuge vende un diritto vitalizio e la comunione si scioglie per la sua morte. Si può dire, in questo caso, che la comunione approfitta d'un diritto immobiliare che era proprio del coniuge? No, perchè questo diritto non consiste, in realtà, che in un godimento vitalizio, e questo godimento cessa alla morte del coniuge, nel qual tempo avviene pure lo scioglimento della comunione. La comunione, finchè dura, gode come avrebbe goduto il coniuge usufruttuario. La cessione che il coniuge fa del suo diritto non è che un cambiamento di godimento; il prezzo versato nella comunione rappresenta questo godimento. Dunque la comunione non s'arricchisce del diritto, e quindi non deve alcun compenso per questo titolo. Essa non s'arricchisce, in una certa misura,

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 486, n. 78 *bis* VI. Aubry e Rau, t. V, pagina 353, nota 5, § 511 e le autorità che vi sono citate.

che quando il coniuge usufruttuario sopravvive allo scioglimento della comunione, perchè allora il diritto vitalizio sussiste, ma diminuito del godimento che la comunione ha avuto. Vi ha una perdita, quindi vi ha luogo ad una indennità. Ma quando la comunione si scioglie per la morte del coniuge usufruttuario, il diritto non perisce per l'alienazione, perisce perchè è un diritto vitalizio. La comunione non s'è arricchita del diritto, perchè essa non s'arricchisce quando il coniuge non perde nulla. In questo caso non vi sono più gli elementi necessari perchè il coniuge abbia diritto a compenso.

Si obbietta, e l'obbiezione è molto seria, che per sapere se vi ha luogo a compenso bisogna considerare il momento in cui si fa l'alienazione e non il momento i cui la comunione si scioglie. Ora, al momento della vendita, vien versato nella comunione il prezzo d'un diritto proprio, e quindi la comunione ne deve compenso. Può il diritto ad un compenso dipendere da un fatto accidentale, della causa che produce lo scioglimento della comunione? Dal momento che un bene proprio è venduto, e che il prezzo è versato nella comunione, il diritto all'indennità esiste, e può essere esercitato qualunque sia l'avvenimento pel quale la comunione si scioglie. L'obbiezione è, in fondo, desunta dal testo dell'art. 1433. Essa non tien conto dell'effetto dell'alienazione del diritto vitalizio. L'alienazione sarà la cessione d'un diritto proprio quando il coniuge sopravvive allo scioglimento della comunione, perchè riprende il suo diritto, quantunque diminuito, mentre l'alienazione non sarà che una cessione di godimento quando la comunione si scioglie per la morte del coniuge usufruttuario. Nella prima ipotesi gli elementi di una indennità sussistono. Vi è perdita da una parte e profitto dall'altra. Nella seconda ipotesi questi elementi non esistono. Gli eredi perdono, ma non già per l'alienazione, sibbene per il fatto che il diritto è vitalizio. Non vi ha dunque nè perdita, nè profitto, e quindi non può esservi luogo a indennità. Invano si dice che il compenso dipenderà da un fatto accidentale. Si tratta d'un diritto vitalizio, e quindi d'un diritto soggetto alla sorte, ed è soltanto allo scioglimento della comunione che si può vedere se l'alienazione è stata una cessione di godimento, od una cessione del diritto, in quanto riguarda il profitto che la comunione ne ha ritratto e la perdita che il coniuge ha fatta (1).

470. Tutti ammettono che vi ha luogo a compenso quando il coniuge usufruttuario sopravvive allo scioglimento della comunione. Resta a sapersi quale ne sia l'ammontare. Su questo punto vi hanno nuove difficoltà. Noi seguiamo di preferenza l'opinione di Pothier. Ecco l'esempio ch'egli dà. Il coniuge ha un diritto d'usufrutto il cui reddito è di mille lire annue. Egli

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 592. AUBRY e RAU, t. V, p. 353, nota 5, e gli scrittori che citano.

lo vende per il prezzo di dodicimila lire, che è versato nella comunione. Il godimento della comunione diminuisce. Invece d'un reddito di mille lire, essa non ha più che l'interesse di dodicimila lire, vale a dire seicento lire. Dunque essa è in perdita di quattrocento lire all'anno. La comunione si scioglie per la morte del coniuge usufruttuario. Questi, secondo l'opinione di Pothier, ha diritto ad un compenso. Egli ha versato dodicimila lire nella comunione. Può riprendere questa somma? No, perchè se la riprende, si arricchirebbe di quattrocento lire all'anno a spese della comunione. Se questa ha durato dieci anni dopo l'alienazione dell'usufrutto, il coniuge avrebbe un beneficio di quattromila lire e la comunione sarebbe in perdita della stessa somma. La comunione non si è realmente arricchita che di ottomila lire, poichè le quattromila lire restano a rappresentare la perdita ch'essa ha fatto. Dunque il coniuge non ha diritto che ad un compenso di ottomila lire.

Anche questo punto è controverso. Vi hanno autori i quali danno al coniuge venditore un compenso per la totalità del prezzo della vendita. Il testo dell'art. 1433 pare favorevole a questa opinione. È il prezzo versato nella comunione che il coniuge riprende. Ora, egli ha versato dodicimila lire; la comunione ha approfittato di questa somma, e quindi ne deve compenso. È vero ch'essa perde nei redditi, ma questa perdita è la conseguenza naturale della vendita d'un diritto vitalizio. Ora, il coniuge ha diritto di vendere e di cambiare il modo di godimento. La comunione non ha altro diritto che quello del coniuge, essa gode come avrebbe goduto il coniuge, senza poter reclamare una indennità per la diminuzione del godimento. Si risponde che questa argomentazione non tiene alcun conto della natura del compenso. Questo è essenzialmente una indennità per la perdita che fa il coniuge ed un compenso del profitto che fa la comunione, vale a dire che ciò che esce dal patrimonio del coniuge ed entra in quello della comunione, dà luogo a compenso. Ora, che cosa è, nella specie, che esce dal patrimonio del coniuge ed entra in quello della comunione? Il coniuge converte un reddito vitalizio di mille lire in un reddito perpetuo di seicento. Vi guadagna in durata ciò che perde in quantità. La comunione, al contrario, che ha soltanto un'esistenza temporanea, è in perdita di quattrocento lire all'anno, perdita che nulla compensa. Dunque il beneficio che ottiene il coniuge venditore non entra nel patrimonio della comunione. Questa riceve un capitale di dodicimila lire, è vero, che deve restituire, ma se lo restituisse integralmente, restituirebbe più di quanto ha ricevuto, poichè ricevendo un capitale di dodicimila lire, essa non ha più che un godimento di seicento. Che cosa riceve essa dunque? Riceve dodicimila lire, deduzione fatta di quattrocento franchi all'anno. Essa non deve restituire che quello che riceve. Dunque, dopo dieci anni, non deve restituire che dodicimila lire deducendone quattromila.

Invano si dice che la diminuzione dei redditi che risulta, per la comunione, dall'alienazione dell'usufrutto, è l'esercizio d'un diritto, che il proprietario può godere come vuole, e che la comunione non ha altro diritto che quello del coniuge. Ciò non è esatto. Il coniuge che vende l'usufrutto non cambia soltanto il modo di godimento, ma immuta la natura del diritto sostituendo ad un diritto vitalizio un diritto perpetuo. Può egli farlo in danno della comunione, reclamando il prezzo di dodicimila lire, senza tener conto alla comunione della perdita ch'essa soffre per la sostituzione d'un diritto perpetuo ad un diritto vitalizio? No, perchè il compenso è una questione di guadagno e di perdita, giacchè è una questione d'indennità.

Si fa un'altra obbiezione. Se la comunione dura a lungo dopo l'alienazione del diritto vitalizio, le deduzioni che noi autorizziamo la comunione a fare per diminuzione di godimento potranno assorbire ed eccedere l'indennità. Se, invece di durare dieci anni, come suppone Pothier, essa dura quarant'anni, la comunione potrà dedurre sedicimila lire, e non ne dovrà che dodicimila. Il coniuge, che era creditore d'un compenso, si troverà debitore. Abbiamo più volte risposto ad analoghe obbiezioni. L'interprete non deve preoccuparsi delle conseguenze che risultano da un principio o da una legge. Assurde o no, deve accettarle. È affare che riguarda il legislatore (1).

§ II. — *Dei compensi dovuti alla comunione.*

N. 1. — Quando è dovuto compenso?

471. L'art. 1437 enumera parecchi casi nei quali la comunione ha diritto ad un compenso contro il coniuge; indi stabilisce una regola generale in questi termini: « E generalmente tutte le volte che uno dei coniugi ha ritratto un profitto personale dai beni della comunione ne deve compenso ». La regola è identica a quella che l'art. 1433 stabilisce sui compensi che i coniugi hanno contro la comunione ed ha lo stesso fondamento. Formulandola, la legge ne dà la ragione.

Uno dei coniugi ritrae un profitto personale dalla comunione. Perchè le deve un'indennità per questo titolo? Perchè la comunione, come indica la parola, ha per oggetto gl'interessi comuni dei coniugi, per meglio dire, della famiglia. È vero che ciascuno dei coniugi può avere degli interessi particolari, poichè ha un patrimonio che gli è proprio. Ma questi interessi sono estranei alla comunione, e quindi il coniuge deve provvedervi coi suoi propri beni, e non coi beni della comunione. S'egli

(1) Colmet de Santerre, p. 188, n. 78 *bis* VIII e IX. Aubry e Rau, t. V, pagina 356, nota 12, § 511, e, in senso contrario, gli autori che citano.

adopera i beni comuni nel suo interesse privato, s'avvantaggia, mentre la comunione prova una perdita. La giustizia esige che il coniuge tenga conto del profitto che ritrae dai beni comuni e dalla perdita che ne risulta per la comunione. Tale è il principio dei compensi o indennità che ciascuno dei coniugi deve alla comunione quando fa servire i beni comuni a suo vantaggio particolare.

In quali casi vi ha luogo a compenso? La legge enumera i casi, più comuni nell'art. 1437, ma ne prevede altri. Li abbiamo già incontrati nel corso delle nostre spiegazioni. Basterà riassumerli rimandando a quanto si è detto dove è la sede della materia.

472. A termini dell'art. 1437, quando è presa nella comunione una somma per pagare i debiti od oneri personali di uno dei coniugi, questi gliene deve compenso. Che cosa s'intende per debiti personali ai coniugi? La stessa espressione si trova nell'art. 1409, n. 3. Noi l'abbiamo spiegata trattando del passivo della comunione. L'art. 1437 ne dà un esempio: « Il prezzo o parte del prezzo d'un immobile proprio del coniuge ». È la riproduzione dell'art. 1409, n. 1. Il prezzo essendo un debito mobiliare cade nel passivo della comunione, nel senso ch'essa è tenuto a pagarlo al creditore. Ma siccome il debito è relativo ad un immobile proprio del coniuge, la legge aggiunge che ne è dovuto compenso alla comunione. L'art. 1469 menziona un altro debito personale ai coniugi, benchè l'obbligazione non sia che naturale. Il coniuge che dota un figlio d'un primo letto con beni o valori della comunione deve conferirli, vale a dire che ne deve compenso. Poco importa che il debito non sia un debito civile. Non è men vero che il coniuge prende nella comunione beni o valori per un interesse suo particolare. Questo basta perchè sia tenuto a compenso. Non si deve distinguere se la dote è stata promessa prima o durante il secondo matrimonio. Questa circostanza, che pare abbia messo in imbarazzo una Corte, è affatto indifferente (1). Ciò che è decisivo si è che il coniuge si sia servito dei beni comuni per un interesse suo personale.

473. L'art. 1437 applica lo stesso principio agli *oneri* che sono personali ad uno dei coningi. Esso dà come esempio il riscatto di servitù fondiarie. Quando una servitù reale, dice Pothier, di cui era gravato il fondo proprio di uno dei coniugi, è riscattata con denari della comunione, questo riscatto procura un vantaggio al proprietario del fondo. L'*onere* gli era *personale,* nel senso che diminuiva il valore d'un immobile che gli è personale. Quando il fondo ne è affrancato, il coniuge ne ritrae un vantaggio personale. Se è la comunione che ha pagato il riscatto, gliene deve compenso. Pothier, sempre esatto, ha cura

(1) Bastia, 31 gennaio 1844 (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 890).

di dire che si tratta d'una servitù prediale (1). Se si trattasse d'una servitù personale, come l'usufrutto che grava il fondo di uno dei coniugi, non vi ha luogo a compenso, per la ragione che l'usufrutto diventa un bene di comunione. Rimandiamo a quanto si è detto altrove (t. XXI, n. 260).

Quello che l'art. 1437 dice del riscatto delle servitù si applica all'affrancazione di ogni onere reale. Tale sarebbe l'ipotesi in cui fosse gravato il bene proprio di uno dei coniugi. Se il debito pel quale l'immobile era ipotecato è pagato dalla comunione, il coniuge gliene deve compenso. Il tribunale della Senna si è ingannato. Il debito, esso dice, benchè garantito da una ipoteca, non cessa di essere mobiliare e, come tale, a carico della comunione. Senza dubbio, ma siccome il pagamento del debito libera l'immobile e lo rende più prezioso, secondo l'espressione di Pothier, il coniuge deve compenso per questo vantaggio, come ha già giudicato la Corte di Parigi. Ciò che provava che la moglie aveva approfittato dell'affrancazione dell'immobile è che la divisione attribuiva alla moglie la totalità del prezzo dell'immobile sgravato (2).

474. L'art. 1437 dà alla comunione un altro compenso quando è presa sui beni comuni una somma per il ricupero, la conservazione o il miglioramento dei beni personali d'un coniuge. Pothier dà, come esempio, il supplemento del giusto prezzo che il coniuge paga affine d'arrestare l'azione di rescissione per causa di lesione che il venditore esercita contro di lui. Se paga questo supplemento coi denari della comunione, ne deve compenso, perchè questi denari servono a conservare al coniuge la proprietà dell'immobile. Dunque essi sono adoperati per un interesse che gli è particolare e, per conseguenza, vi ha luogo a indennità (3).

I lavori che il coniuge fa sui beni proprii possono avere per oggetto la conservazione dei beni, o il loro miglioramento, o il loro abbellimento. È dovuto compenso in tutti questi casi? La quistione è molto controversa. Siccome essa è attinente alla cifra dell'indennità che il coniuge deve pagare, la esamineremo trattando dell'ammontare del compenso. Un punto è certo, come osserva Pothier. Le spese di semplice manutenzione non danno luogo a compenso, poichè costituiscono un onere della comunione (art. 1409, 4.°).

475. L'art. 1437 non limita il diritto di compenso ai casi che prevede, poichè, dopo aver enumerate le cause che d'ordinario danno luogo a compenso, aggiunge una regola generale, di cui gli esempi che ha dato non sono che un'applicazione. Noi abbiamo riferita un'altra applicazione dello stesso principio trattando

(1) Pothier, *Della comunione*, n. 638.
(2) Parigi, 18 marzo 1872 (Dalloz, 1873, 2, 19).
(3) Pothier, *Della comunione*, n. 632.

delle spese di lavori e di sementi che si fanno sui beni proprii dei coniugi e di cui essi approfittano dopo lo scioglimento della comunione (t. XXI, n. 248).

N. 2. — Ammontare del compenso.

I. — Il principio.

476. Pothier stabilisce tre principii riguardo ai compensi dovuti alla comunione (1). Il primo è così concepito: « Tutte le volte che uno dei coniugi si è arricchito a spese della comunione gliene deve compenso ». Questo principio è riprodotto dall'art. 1437, ma invece di dire: « *s'è arricchito* », il codice dice « *ha ritratto un profitto personale* ». Il concetto è identico. È la riproduzione della dottrina tradizionale dei compensi. La comunione non può arricchirsi a spese dei coniugi (art. 1433), e così pure i coniugi non possono locupletarsi a spese della comunione. Resta a sapere quando si può dire che i coniugi s'arricchiscono o ritraggono un profitto personale dai beni della comunione. S'arricchiscono essi della somma presa nella comunione e devono riportarla integralmente? Ovvero bisogna vedere quale sia il profitto ch'essi ne hanno ritratto e non devono compenso che fino a concorrenza di questo profitto? Il primo principio di Pothier non risponde a questa quistione. Ne risulta però una conseguenza che importa notare, ed è che il principio è identico per tutti i compensi, tanto per quelli che i coniugi devono alla comunione, come per quelli che la comunione deve ai coniugi.

477. Pothier pone due altri principii. Cominceremo col terzo, che non dà luogo ad alcun dubbio: « Il compenso non eccede ciò che ha speso la comunione, per quanto grande sia stato il profitto che il coniuge ne ha ritratto ». Questo principio risulta dalla natura stessa del compenso. Il compenso è un'indennità, vale a dire, la compensazione d'una perdita. Ora, la comunione non perde che quello che spende. Essa non può dunque reclamare un'indennità che ecceda ciò che ha speso. Se un coniuge prende mille franchi nella comunione per un interesse suo proprio e l'impiego da lui fattone gli procura un profitto di millecinquecento, egli deve un compenso, non di millecinquecento, ma di mille. La comunione non può *riprendere* più di quel che ha *dato*, perchè anche i *compensi* dovuti alla comunione sono *riprese*. Su questo non vi è dubbio, benchè il principio sia stato contestato avanti i tribunali. Giurisprudenza e dottrina sono concordi (2).

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 613. Cfr. DURANTON, t. XIV, p. 453, nn. 323 a 325.

(2) Liegi, 13 aprile 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 123). COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 211, n. 84 *bis* II.

Ne deduciamo una conseguenza molto importante. L'art. 1437 dice che il coniuge deve compenso tutte le volte che ritrae un *profitto* personale dai beni della comunione. Non bisogna intendere la parola *profitto* nel senso che si debba stimare il vantaggio che il coniuge ritrae dai beni della comunione. Egli non restituisce che ciò che ha *preso*. Non se ne deve conchiudere che l'impiego fatto dal coniuge dei denari che prende nella comunione è indifferente in quanto riguarda l'ammontare del compenso? Un punto è certo, ed è che la comunione non può prevalersi di questo impiego nella misura ch'esso giova al coniuge. Resta a sapersi se il coniuge può prevalersi contro di essa dell'impiego che non gli torna lucroso, nel senso che il profitto è inferiore alla spesa.

478. Il terzo principio di Pothier risponde alla questione: « Il compenso non è sempre dovuto in relazione a quello che ha speso la comunione per l'affare particolare di uno dei coniugi; esso non è dovuto che fino a concorrenza del profitto che ne è derivato ». Così il marito prende diecimila lire nella comunione per fare dei lavori sul fondo proprio o su quello della moglie. Ne risulta un maggior valore di ottomila lire. Il coniuge proprietario non deve che un compenso di ottomila lire, perchè non ha vantaggio che per questa somma.

Questo principio è stato consacrato dal codice civile? Si potrebbe crederlo leggendo la regola formulata dall'art. 1437. Il coniuge deve compenso del *profitto* personale che ritrae dalla comunione, quindi in quanto ne approfitta, vale a dire fino a concorrenza di quanto torna a suo profitto. Ma il testo non è così decisivo come pare. Lo abbiamo già osservato e, su questo punto, non vi ha alcun dubbio. Il profitto non è preso in considerazione quando eccede la somma tolta alla comunione. È quanto dire che le buone eventualità sono per il coniuge. Ma non è equo che il coniuge sopporti anche le cattive eventualità? Lasciamo per un momento da parte la questione d'equità per attenerci al testo. La parola *profitto* non risolve la difficoltà. Essa è sinonima della parola *arricchirsi*. Bisogna dunque vedere di che cosa il coniuge s'arricchisce e quale è l'ammontare del compenso che deve per essersi arricchito.

Il principio dell'art. 1437 risponde alla nostra questione: « Tutte le volte che vien presa sulla comunione una *somma*, sia per pagare i debiti od oneri personali di uno dei coniugi, ecc., egli ne deve il compenso ». Di che cosa deve compenso, secondo queste parole della legge? Egli deve compenso della *somma* che ha *presa* sulla comunione. È quanto dire che *restituisce* ciò che ha *preso*, e che la comunione *riprende* ciò che ha *anticipato*. S'egli è così nei diversi casi enumerati dall'art. 1437, deve essere altrettanto sempre. In altri termini, la regola formulata dalla legge, dopo aver dato alcune applicazioni, non può intendersi che nel senso di queste applicazioni. Dunque il *profitto* di cui parla la regola consiste nella somma che il coniuge

ha preso sulla comunione. Egli è dunque debitore di questa somma a titolo di compenso.

L'art. 1408 conferma l'interpretazione che noi diamo all'art. 1437. Un coniuge, proprietario per indiviso di un immobile, acquista, mediante una somma di ventimila lire, la parte del suo comproprietario. Questa parte non ne vale che diciottomila. La somma di ventimila lire è stata presa sulla comunione. Di che cosa le è dovuto compenso? L'art. 1408 risponde: « Della *somma* che la comunione ha *fornito* per questo acquisto », dunque di ventimila lire, sebbene il *profitto* o il guadagno non sia che di diciottomila. Ecco un'applicazione che la legge stessa fa del principio che stabilisce nell'art. 1437. È la somma che *fornisce* la comunione (art. 1408), e che è *presa* nella comunione (articolo 1437), che il coniuge deve a titolo di compenso. Ecco il *profitto* ch'egli fa. Il profitto è la somma ch'egli riceve e di cui s'arricchisce, qualunque sia l'impiego che ne faccia e il beneficio ch'essa gli procura (1).

479. Tali sono i testi. Si oppone la tradizione. Gli antichi scrittori professavano tutti l'opinione di Pothier, e non risulta, dai lavori preparatorii, che il legislatore abbia inteso derogare alla dottrina tradizionale (2). È un forte argomento in una materia in cui il codice non ha fatto che consacrare il diritto esistente. Ma non è decisivo. Il codice si è allontanato più d'una volta dall'opinione di Pothier, e, nella specie, la deroga è pure certa. Lo spirito della legge non ci lascia alcun dubbio. Pothier mette allo stesso livello i compensi che la comunione deve ai coniugi e quelli che i coniugi devono alla comunione. Ora, qual'è il principio stabilito dall'art. 1433 quanto ai compensi che la comunione deve ai coniugi? Quando il *prezzo* proveniente da un bene proprio o di uno dei coniugi è *versato* nella comunione, vi ha luogo al compenso di questo *prezzo*. È la somma versata che il coniuge riprende, quand'anche questa somma non avesse procurato alla comunione un beneficio equivalente. Non si tiene alcun conto dell'impiego che la comunione fa del prezzo che riceve (n. 456). Se gli è così dei compensi dovuti dalla comunione deve essere altrettanto dei compensi dovuti dai coniugi, perchè il principio è identico ed i motivi del principio sono gli stessi, l'equità, la giustizia. L'equità cambia forse natura a seconda che il compenso è dovuto dalla comunione o dai coniugi? Vi hanno due giustizie diverse? La comunione riceve ventimila lire e ne restituisce altrettante, quantunque il suo beneficio non sia che di diciottomila. Il coniuge prende ventimila lire e non ne rende che diciottomila, perchè il suo beneficio non è che di diciottomila. Dove sta la ragione di questa differenza?

---

(1) È l'opinione di DEMANTE, di BUGNET in POTHIER, di MARCADÉ, di MASSÉ e VERGÉ in ZACHARIAE (vedi le citazioni in RODIÈRE e PONT, che dividono questa opinione) e di VALETTE (MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 74, n. 169).

(2) Vedi le citazioni in AUBRY e RAU, t. V, p. 368, nota 5, § 511 *bis*.

I fautori dell'opinione contraria confessano sembrar strano che la comunione avendo sborsato una somma di cento lire, non ne ottenga dal coniuge debitore che sessantanove od ottanta, ma pretendono che la giustificazione di questo fatto è semplicissima. La comunione è il marito. Quando si dice che è presa una somma sulla comunione, è il marito che la prende, poco importando che la somma sia presa nel suo interesse o in quello della moglie. Il marito prende ventimila lire nella comunione, e non ne risulta per la moglie o per lui che un beneficio di diciottomila. Vi è una perdita di duemila lire. Chi deve sopportarla? La comunione, si dice, perchè il marito ha diritto di dissipare e perdere i beni comuni. Non vi ha che un'eccezione al potere del marito, ed è ch'egli non può arricchirsi a spese della comunione. Ora, egli non s'arricchisce che del beneficio ch'egli stesso o sua moglie ritrae dalla comunione (1). È vero che il marito ha il diritto di dissipare e di perdere i beni comuni, ma l'eccezione è più stretta di quel che non si dica. Quando il marito prende ventimila lire sulla comunione per impiegarle nel suo interesse, non dissipa, ma specula. Ora, non gli è permesso di speculare a spese della comunione. La legge gli dice: Se prendete ventimila lire nella comunione per acquistare la parte indivisa in un fondo di cui siete comproprietario, restituirete queste ventimila lire, quantunque non ne abbiate ritratto che un beneficio di diciottomila. È dunque il marito che sopporta la perdita, e non la comunione. Questo non è dubbio, poichè l'art. 1408 lo dichiara. Ecco dunque che il marito deve restituire alla comunione una somma di duemila lire benchè abbia il diritto di dissipare questa somma. Ma che dico? Egli poteva tutto dissipare e tutto perdere, eppure diviene debitore dal momento che specula adoperando i beni comuni nel suo interesse particolare. È una contraddizione, si osserva, e il principio di Pothier pare più logico. In realtà, non vi è contraddizione. Quando si dice che il marito può dissipare e perdere i beni comuni, è per esprimere ch'egli ne è signore e padrone. Ma questa signoria non è un potere assoluto. Essa era già limitata nell'antico diritto dal principio dei compensi. Il codice l'ha limitata ancora di più dando una maggiore estensione a questo principio. Non sarebbe questo il motivo della deroga che il codice arreca all'antico diritto? Il legislatore non ha voluto un potere assoluto nella famiglia, come non l'ha voluto nello Stato. Esso non dice che il marito è signore e padrone, si guarda bene dall'affermare che può dissipare e perdere i beni comuni. Esso organizza la comunione per il bene dei coniugi e dei figli, e vuole che i beni che la compongono siano adoperati nell'interesse della famiglia. Dal momento che uno dei coniugi si serve dei beni comuni per un interesse particolare, si costisuisce debitore verso la comunione

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 211, n. 84 *bis* III.

delle somme che vi prende. La legge non vuole ch'egli speculi a spese della comunione, poichè in tal modo distrarrebbe i fondi dalla destinazione che devono avere. La dottrina del codice è ad un tempo più morale e più giuridica che quella dell'antico diritto.

480. Gli autori, di cui seguiamo l'opinione, hanno dato al principio una forma che fa torto alla nostra dottrina, perchè la formula non è esatta. Essi dicono che il coniuge il quale prende una somma nella comunione la *prende a prestito*, e ne conchiudono che deve restituire la somma che ha preso, senza che possa opporre alla comunione che il profitto che ha ricavato dal prestito è minore della somma mutuata (1). La formula è comoda e risponde a tutte le obbiezioni, ma non è esatta, di modo che, invece di corroborare il principio dei compensi, quale noi l'intendiamo, lo indebolisce e lo compromette. Gli è quanto il signor Colmet de Santerre ha benissimo stabilito (2). La comunione non è una persona civile che dia o prenda a prestito. Essa non è altra cosa che i due coniugi associati, e, in questa società, il solo marito agisce, egli solo la rappresenta. In tal senso, si può dire anche oggidì che è signore e padrone. Affermare che il marito prende a prestito dalla comunione, equivarrebbe a dichiarare che prende a prestito da sè stesso. Il prestito tra la comunione e il marito non è dunque possibile. Può concepirsi che la comunione la quale presta stipuli l'interesse delle somme che anticipa al marito? Sarebbe il marito che stipulerebbe l'interesse contro sè medesimo. Ciò non ha senso.

Bisogna dunque abbandonare questa spiegazione. Ma dal fatto che la spiegazione è inesatta, bisogna guardarsi bene di conchiudere che il coniuge non abbia l'obbligo di rimborsare la somma che ha preso nella comunione. Il coniuge è debitore del compenso quando prende una somma sui beni comuni, come è creditore d'un compenso quando il prezzo dei suoi beni proprii è versato nella comunione. Che importa ch'egli non sia nè mutuatario nè mutuante? Basta che sia debitore, e lo è in forza dei rapporti che intercedono fra i coniugi e la comunione. Ne risulta che i conjugi, come soci, hanno interessi comuni, un patrimonio comune, ma hanno anche, come proprietari, interessi particolari e un patrimonio proprio. Essi non hanno facoltà di servirsi dei beni comuni per un interesse che non è quello della comunione. Se lo fanno, è giusto che siano tenuti ad un compenso, e compenso deve esservi per tutto ciò che prendono sulla comunione, altrimenti questa sarebbe in perdita. Ciò è molto importante, specialmente per la moglie, che rimane estranea all'amministrazione. Secondo l'opinione che combattiamo, il marito può speculare a suo bell'agio a spese della comunione. Farà delle opere, delle costru

(1) Marcadé, t. V, p. 562, n. I, e le autorità ivi citate.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 213, n. 84 *bis* IV.

zioni sui suoi beni proprii. Se la speculazione riesce, ne godrà tutti i beneficii. Se la speculazione è rovinosa, si contenterà di conferire alla comunione il beneficio che ha ricavato, vale a dire, rovinerà la comunione, pur aumentando il patrimonio proprio. È forse per questo che la comunione è stabilita?

II. — Applicazione del principio.

481. Vi sono casi in cui il beneficio del coniuge equivale alla somma ch'egli ha preso nella comunione. I due contrarii principii conducono allora all'identico risultato. Tale è il caso del compenso previsto dall'art. 1409. Il coniuge deve diecimila lire come prezzo o parte del prezzo d'un immobile che ha comperato prima del matrimonio. La comunione paga questo importo, ed ha diritto ad un compenso. Di qual somma? Secondo la nostra opinione, si risponde: Delle ventimila lire che il coniuge ha preso nella comunione. Secondo l'opinione contraria, si dice che il coniuge deve compenso fino a concorrenza del beneficio che ha ritratto del pagamento. Ora, egli approfitta di tutto ciò che è stato pagato, poichè sarebbe stato obbligato a pagare il prezzo sulla richiesta del venditore.

Accade lo stesso quando uno dei coniugi dota un figlio di precedente letto con valori presi nella comunione. Tutti ammettono che il compenso va determinato sulla totalità della somma che il coniuge prende sui beni comuni (1). La decisione si giustifica benissimo secondo il nostro principio. Il coniuge prende ventimila lire, e ne restituisce ventimila. Non così secondo l'opinione contraria. Essa stima la cifra dal compenso a seconda del valore del beneficio. Quale beneficio si procura il coniuge dotando? Egli fa una semplice liberalità. Ora, donare è perdere, dicono i giureconsulti. Pertanto non dovrebbe esservi luogo a compenso.

482. Vi sono casi in cui il beneficio può essere minore della somma presa nella comunione. Uno dei coniugi prende una somma sui beni comuni per fare dei lavori sul suo fondo. Di che cosa dovrà compenso? Secondo l'opinione tradizionale, si distingue: se le spese sono necessarie, è dovuto compenso di tutta la somma presa nella comunione, quantunque il beneficio propriamente detto, vale a dire l'utile che risulta dai lavori, sia minore della spesa o nullo. È questa una conseguenza della natura delle spese cosidette necessarie. Esse conservano la cosa, la quale perirebbe se non si facessero i lavori di conservazione. Ora, ogni buon padre di famiglia deve conservare la cosa. Prendendo una somma sulla comunione per fare queste spese, il coniuge risparmia dunque altrettanto sul suo patrimonio. In questo senso egli approfitta di tutta la somma, e quindi ne deve compenso.

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 212, n. 84 *bis* IV.

Sarebbe così anche quando la costruzione che i lavori hanno conservato venisse a perire. Le spese hanno egualmente approfittato al coniuge superstite. Il profitto si stima al momento in cui la spesa si fa, e la spesa resta un atto d'amministrazione necessario, quantunque la cosa sia in seguito venuta a perire (1).

Non accade così delle spese utili che si fanno per migliorare il fondo. Secondo l'opinione tradizionale, si insegna che il compenso pei lavori di miglioramento non è dovuto che fino a concorrenza del maggior valore che il fondo ha allo scioglimento della comunione, di modo che, se la spesa è di ventimila lire e il maggior valore di quindicimila, il compenso non sarà che di quindicimila lire, e si ridurrà al maggior valore esistente allo scioglimento della comunione (2). Pothier dice, per giustificare questa decisione, che le spese utili essendo fra quelle che si possono tralasciare, il coniuge, sul fondo del quale sono state fatte, non ha risparmiato d'altrettanto il proprio patrimonio. Se non avesse trovato nella comunione i denari di cui si è servito per eseguire i lavori, non li avrebbe intrapresi. Egli non ne profitta se non nella misura dell'aumento di valore che procurano al suo fondo, aumento che deve essere stimato al tempo in cui la comunione si scioglie. La differenza fra il maggior valore e la spesa è una perdita per la comunione. Perchè la perdita sta a carico della comunione, sebbene essa non abbia fatto che fornire il denaro? La ragione si è, dice Pothier, che il marito, essendo padrone assoluto dei beni della comunione, può adoperare i denari comuni per tutto ciò che meglio crede, purchè non avvantaggi sè stesso nè la moglie (3). Egli ha dunque potuto impiegarli nelle opere che gli è piaciuto di fare, senza doverne dar conto se non fino a concorrenza del profitto che egli e la moglie ne hanno ritratto.

Come si vede, la dottrina tradizionale non ha altro fondamento che il potere assoluto del marito. Egli fa ciò che gli piace di fare, è la comunione che paga. È questa la dottrina che gli scrittori del codice hanno consacrato? È questo il regime che essi intesero erigere a diritto comune della Francia, come il più favorevole alla prosperità della famiglia? No certo. Essi hanno dato, è vero, al marito il potere assoluto d'amministrare e d'alienare i beni comuni, ma in vista dell'interesse della famiglia. Quando il marito agisce per un interesse suo particolare, la legge mette fine al suo potere assoluto obbligandolo a conferire tutto ciò ch'egli prende nella comunione.

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 635. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 212, numero 84 *bis* IV, e tutti gli scrittori.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 636. AUBRY e RAU, t. V, p. 368, nota 5, § 511 *bis* e le autorità che citano. Bisogna aggiungere Metz, 24 dicembre 1869 (DALLOZ, 1871, 2, 36). Liegi, 25 febbraio 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 67).

(3) POTHIER, *Della comunione*, n. 636.

Questa restrizione del potere del marito è essenziale se non si vuol mettere la comunione alla sua mercè. A ciò mira appunto l'art. 1437. Invano si dice che il marito può dissipare e perdere i beni comuni, e fare tutto ciò che crede, colla sola riserva che non s'avvantaggi. Questa riserva era insufficiente. Vi saranno ben pochi mariti i quali si divertano a dissipare e a perdere i beni comuni. Se ne troveranno molti invece che speculano sulla comunione e sui beni che la moglie vi conferisce. Essi se ne serviranno per migliorare il patrimonio proprio, vi faranno costruzioni ad ottime condizioni. Il profitto sarà per loro, la perdita per la comunione, vale a dire per la moglie. Non vi è che un mezzo per prevenire queste speculazioni interessate che viziano il regime di comunione nella sua essenza, porre cioè, come regola che il marito deve conferire tutto ciò che prende nella comunione per un interesse suo proprio.

È a notarsi che gli scrittori moderni i quali insegnano la dottrina tradizionale non hanno riprodotto i motivi che Pothier dà in appoggio di questa dottrina. Essi non parlano più del potere assoluto del marito, almeno quando si tratta di spese utili. A sentirli, si tratterebbe, non dell'interesse del marito, ma dell'interesse della comunione. Si fanno delle opere sopra un fondo del marito o della moglie. La comunione è interessata nell'operazione in vista della quale anticipa i denari necessari. Infatti, se si migliora un bene proprio, ciò avviene quasi sempre nell'interesse della comunione: si tratta di aumentare i redditi che le appartengono. Se ne conchiude che, se l'operazione costituisce una perdita per il coniuge, è la comunione che deve sopportarla (1). Ma è giusto ciò? Esaminiamo l'operazione che si pretende fatta quasi sempre nell'interesse della comunione. Il marito prende ventimila lire sui beni comuni per fare una costruzione. La comunione perde il godimento di questa somma, ossia mille lire all'anno. Che cosa guadagna essa? Un aumento di reddito. Ma si supponga che il maggior valore dell'immobile non sia che di diciottomila lire, di modo che ciò ch'essa guadagna in redditi non compensa quello che perde in interessi. Questa operazione non si fa certamente in vantaggio della comunione, ma in quello del marito. Questi ha un interesse permanente ai lavori che eseguisce. Il fondo migliorato dai lavori aumenterà per una legge economica di valore, ed è il proprietario, il cui diritto è perpetuo, che approfitterà di questo aumento di valore. Così il beneficio futuro e sicuro è, per il marito, la perdita attuale e senza compenso è per la comunione. L'equità che è il fondamento dei compensi non esige forse che la perdita stia a carico del marito, come è a vantaggio del marito il futuro beneficio?

La giurisprudenza che si era sempre pronunciata per la dot-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 214, n. 84 *bis* V.

trina tradizionale, sembra ora seguire un nuovo indirizzo. Vi è una recente sentenza della Corte di Parigi in favore della nostra opinione (1). Il sentimento di equità e di giustizia che inspira il codice prevale sul potere assoluto del marito che è la sola base dell'antico diritto.

483. Rimangono le opere di lusso, o, come si usa chiamarle, le spese voluttuarie. Pothier dice che, se non ne risulta un maggior valore pel fondo, il coniuge proprietario non deve alcun compenso. Non avendo il fondo acquistato maggior valore, il coniuge non si trova avvantaggiato a spese della comunione. Gli scrittori moderni, quegli stessi che respingono il principio tradizionale, seguono questa opinione. A nostro avviso, è un'inconseguenza. Se si dice, con Pothier, che il marito ha diritto di dissipare e di perdere, è perfettamente logico ammettere che possa pure fare spese inutili. La perdita è per la comunione. Ma se si respinge il principio, bisogna anche respingerne le conseguenze. Il nostro principio è che il marito deve compenso sempre quando adopera i denari comuni nell'interesse dei suoi beni proprii. Noi applichiamo il principio anche quando non si trattasse che d'un semplice interesse di lusso. Non è un interesse della comunione, e quindi dà luogo a compenso. Invano si dice che il marito avrebbe potuto dissipare la somma che impiega in opere di lusso (2). Abbiamo già risposto che vi sono ben pochi mariti i quali dissipano la comunione, mentre molti ve ne sarebbero i quali abbellirebbero i loro beni proprii se potessero farlo a spese della comunione, vale a dire della moglie. Altri dicono che i coniugi, e per conseguenza la comunione, approfittano d'una spesa voluttuaria, nel senso ch'essa ha per iscopo di rendere più gradevole un godimento che spetta alla comunione, e quindi ai coniugi. Singolare vantaggio quello che consiste nello spendere diecimila lire, che rappresentano una perdita di cinquecento lire all'anno, per godere per qualche tempo di una dimora più piacevole. Se questa dimora appartiene alla comunione, non si parlerà di compenso. Se appartiene al marito, costui ne avrà il vantaggio permanente, e quindi dovrà pagarne le spese.

484. Il principio dei compensi si applica tanto alla moglie quanto al marito. I testi non distinguono, e la ragione di decidere è identica. Che importa alla comunione se i denari comuni siano presi dal marito o dalla moglie? Essa perde i denari, e quindi deve esserne indennizzata. Ma l'applicazione del principio non ha le stesse conseguenze per quanto riguarda la moglie. Il marito amministra i suoi beni proprii coi pieni poteri

---

(1) Parigi, 6 agosto 1872 (Dalloz, 1872. 5, 94, n. 17). Cfr. gli scrittori che abbiamo già citati (Rodière e Pont, t. II, p. 245, nota 1).

(2) Rodière e Pont, t. II, p. 245, n. 961. Mourlon, t. III, p. 74, n. 170. Marcadé, che aveva da prima ammesso il principio del compenso (t. V, p. 565), si è schierato coll'opinione generale nella sua ultima edizione.

del proprietario. Se prende dei fondi nella comunione, ne deve compenso. Anche la moglie deve compenso, ma può avere un regresso che non potrebbe spettare al marito. Infatti, maritandosi sotto il regime di comunione, essa perde l'amministrazione dei suoi beni. Il marito ne diviene l'amministratore legale. È dunque il marito che farà i lavori, e anche quando la moglie intervenisse, e a rigor di diritto deve intervenire (n. 129), è il marito, in ogni caso, che le rimette i denari o che paga. Se fa dei lavori o se li approva pagando, egli amministra, ed amministra male eseguendo opere di lusso ed anche lavori utili che non procurino un vantaggio equivalente alla spesa. Egli è responsabile della sua cattiva amministrazione. Ne risulta che la moglie è ad un tempo debitrice del compenso, e creditrice in forza dell'azione di danni ed interessi che ha contro il marito. In sostanza essa non sarà tenuta per le spese fatte dal marito che fino a concorrenza del beneficio che ne ha ritratto, beneficio che rappresenta ciò che l'amministrazione del marito ha d'utile per essa e non vi sono che gli atti di buona amministrazione che la obblighino.

485. Il principio dei compensi si applica a tutti i casi nei quali uno dei coniugi prende sulla comunione una somma per suo vantaggio personale. È inutile moltiplicare gli esempi. Secondo la nostra opinione non vi ha difficoltà. Il coniuge restituisce sempre ciò che prende. Secondo la dottrina tradizionale bisogna esaminare se l'utilità risultante dall'impiego equivale all'importo della somma presa sulla comunione, questione sovente delicatissima. Crediamo inutile soffermarvici, perchè non si tratta che di teoria. Eccone un esempio. Il coniuge prende sulla comunione una somma di mille lire per sgravare il suo bene proprio d'una servitù per lui molto gravosa. Dovrà egli compenso di mille lire? Sì, secondo la nostra opinione. Secondo la opinione contraria, occorre una perizia. I periti diranno quale sia il maggior valore del fondo in conseguenza dell'affrancazione della servitù. Sarà il più delle volte inferiore al costo dell'affrancazione. La comunione avrà sborsato mille lire, e il coniuge non le dovrà che un compenso di ottocento (1).

486. Vi ha una questione di compenso che si presenta ben di sovente in materia di diritto fiscale. Siccome essa appartiene al diritto civile, ne diremo una parola. I coniugi acquistano una rendita vitalizia con denari o beni della comunione, stipulandola riversibile in testa al superstite. Questi deve compenso? Secondo la nostra opinione la rendita non appartiene in proprio al superstite. Costui deve dividerne le annualità cogli eredi del coniuge premorto. La rendita è un bene di comunione (t. XX, n. 495). I coniugi hanno tentato di eludere questa

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 215, n. 84 VII. Cfr. Duranton, t. XIV, p. 510, n. 372.

difficoltà. Ecco i termini della clausola che ha dato luogo ad una recente sentenza della Corte di cassazione. Due coniugi vendono un bene di comunione in corrispettivo di una rendita vitalizia. L'atto reca: « Questa rendita si accrescerà a profitto del coniuge superstite, il quale solo avrà diritto, a titolo di clausola aleatoria, alla totalità della rendita stessa. Gli eredi del premoriente, non potranno far valere alcuna pretesa su detta rendita ». Secondo l'opinione da noi insegnato questa clausola è nulla, perchè modifica gli effetti legali del regime di comunione. Essa converte un bene di comunione in bene proprio. La questione non è stata dibattuta davanti la Corte di cassazione. Si è discusso soltanto il punto di sapere se il superstite doveva un compenso alla comunione. Due sentenze di cassazione, pronunciate in termini identici, hanno deciso la questione affermativamente. I motivi dati dalla Corte sono così evidenti che si stenta a comprendere come Troplong abbia potuto sostenere l'opinione contraria. Se la clausola è valida ne risulta che il superstite ritrae un vantaggio particolare dai beni della comunione. Dunque ne deve compenso, a termini dell'art. 1437. Si obbietta che la clausola è una convenzione aleatoria di cui ciascun coniuge subisce le sorti. Che importa, dice la Corte di cassazione? Da tutto quanto risulta dal carattere aleatorio della convenzione si ha ch'esso non procura al superstite un profitto personale. È incerto quale dei due coniugi godrà del vantaggio aleatorio, ma è certo che uno di essi ne godrà. E dal momento che ne gode, è nei termini dell'art. 1437 e per conseguenza deve compenso del vantaggio o profitto personale, come dice la legge, che ritrae dai beni comuni (1).

Di che cosa il superstite deve compenso? Bisogna applicare i principii che reggono i diritti vitalizii. Questi diritti diminuiscono incessantemente di valore. Al momento in cui si apre il diritto del superstite la rendita non vale più quello che valeva quando è stata costituita. La somma presa nella comunione è tornata a suo profitto per il tempo che è durata, e non profitta al coniuge che a partire dal suo scioglimento. Egli non deve dunque compenso che della parte della somma la quale rappresenta il valore della rendita vitalizia allo scioglimento della comunione.

---

(1) Cassazione, 20 maggio e 30 dicembre 1873 (DALLOZ, 1874, 1, 72 e 363). Tale è pure la dottrina, salvo il dissenso di TROPLONG (AUBRY e RAU, t. V, p. 369, nota 8, § 511 *bis*).

Art. 2. — Come si esercitano i compensi.

487. I compensi dovuti dalla comunione si esercitano mediante prelevamento (art. 1433), vale a dire che prima della divisione ciascun coniuge preleva sulla massa dei beni il prezzo dei suoi immobili che sono stati alienati durante la comunione e le altre indennità che la comunione gli deve (art. 1470).

I compensi dovuti dai coniugi si fanno mediante collazione, vale a dire che i coniugi o i loro eredi conferiscono alla massa dei beni esistenti ciò di cui sono debitori verso la comunione a titolo di compenso o d'indennità (art. 1468).

Le collazioni hanno per oggetto di completare la massa divisibile facendovi entrare i crediti che la comunione ha contro i coniugi. I prelevamenti si fanno sulla massa, perchè bisogna dedurne ciò che la comunione deve ai coniugi. Non vi sono beni comuni all'infuori di quelli che rimangono dopo operati questi prelevamenti, perchè i prelevamenti comprendono i beni dei coniugi che sono stati versati nella comunione.

Se uno dei coniugi è ad un tempo debitore e creditore di compenso, non sarà debitore o creditore definitivo che quando si saranno liquidati i suoi debiti e i suoi crediti. La differenza fra le collazioni che deve ed i compensi che gli sono dovuti lo costituirà debitore o creditore.

Questi calcoli non possono farsi che dopo lo scioglimento della comunione, ma la liquidazione retroagisce naturalmente al giorno dello scioglimento. Essa non crea diritti, ma liquida quelli preesistenti. È dunque allo scioglimento della comunione che ciascun coniuge risulterà creditore o debitore.

488. L'applicazione di questi principii ha dato luogo ad una difficoltà sulla quale una Corte d'appello si è ingannata. Una moglie in comunione di beni muore lasciando un testamento col quale istituisce un legatario di tutti i suoi immobili e lega tutti i suoi mobili al marito. Qualche mese dopo il marito muore istituendo lagatarie universali le sue due sorelle. La moglie aveva delle collazioni da fare e dei compensi da esercitare. Per le collazioni essa era debitrice. Chi doveva sopportare questo debito? La Corte di Rouen mise i debiti a carico dei legatarii a titolo universale, e quindi in parte a carico del legatario degli immobili. Prima di regolare il pagamento dei compensi passivi si sarebbero dovuti liquidare i compensi attivi, per vedere se la moglie fosse realmente debitrice. Ora, dalla cifra delle collazioni confrontata con quella dei compensi risultava che, anzichè debitrice, la moglie era creditrice. La Corte aveva dunque addossato al legatario degli immobili un debito che non esisteva. La Corte di cassazione ristabilì i veri principii, che sono d'altronde affatto elementari. Quando si deve dividere una comunione esistita fra due coniugi contemporaneamente alla successione di uno di

essi, occorre anzitutto stabilire la massa attiva e la massa passiva della comunione quali erano composte al tempo del suo scioglimento, per attribuire, se è il caso, alla successione la parte che le spetta nella comunione. Fra gli elementi della massa attiva o passiva figurano le somme di cui i coniugi sono creditori a titolo di compenso o debitori a titolo di collazione. È d'uopo dunque una liquidazione preventiva la quale stabilisca questa qualità di debitore o di creditore. Essa non può risultare che dal bilancio fatto fra il totale delle riprese ed il totale dei compensi. Se il bilancio dimostra che allo scioglimento della comunione l'ammontare delle riprese era superiore all'ammontare delle collazioni dovute alla moglie, ne segue che essa non era debitrice verso la comunione. Non era quindi il caso di far contribuire i diversi legatari ad un debito che non esisteva. In questo caso, il residuo conto della comunione avrà per effetto di stabilire la somma che dovrà entrare nell'attivo della successione da dividersi fra i legatari secondo i loro diritti (1).

§ I. — *Collazione delle indennità dovute alla comunione.*

N. 1. — Caratteri di queste indennità.

489. L'art. 1437 dice che il coniuge il quale ha ritratto un profitto personale dai beni della comunione ne *deve* il compenso. Esso è dunque *debitore* della somma che ha preso sui beni comuni, e, come tale, è tenuto personalmente. Poco importa che lo sia come mutuatario o per qualsivoglia altro titolo. La legge dice che *deve*, e chi *deve* è obbligato a pagare il suo debito. Non è dunque nella sua qualità di coniuge in comunione di beni che il debitore del compenso è tenuto a pagarlo, ma come debitore personale. La moglie perde la qualità di moglie in comunione, quando rinuncia. Tuttavia essa è tenuta alle indennità che deve alla comunione, come ha diritto di reclamare le indennità che possono esserle dovute dalla comunione (2). Questo carattere dei compensi viene in appoggio di quanto abbiamo detto sull'ammontare delle indennità che i coniugi devono conferire. Non si tratta d'un interesse comune, come si pretende, poichè ogni interesse comune cessa quando la moglie rinuncia, il che non le impedisce di essere creditrice o debitrice dei compensi (n. 478 e 479).

490. A termini dell'art. 1468, la collazione dei compensi si fa alla massa dei beni esistenti allo scioglimento della comunione. Gli è dunque solo in questo momento che si regolano le in-

---

(1) Cassazione, 15 maggio 1872 (Dalloz, 1872, 1, 197).
(2) Aubry e Rau, t. V, p. 369, 3.°, § 511 *bis* (4.ª ediz.).

dennità. Quantunque il coniuge sia debitore al momento in cui prende una somma sulla comunione per un interesse suo personale, egli non paga immediatamente questa somma. Può darsi che alla sua volta abbia diritto ad una indennità contro la comunione, e quindi non si conosca l'ammontare del suo debito. Anzi il bilancio può riuscire in suo favore, di modo che, invece di essere debitore, può riuscire creditore. Ne consegue che il regolamento dei compensi rispettivi non può farsi che allo scioglimento della comunione.

Questo regolamento dà luogo ad una difficoltà. Quando il coniuge prende una somma sui beni comuni priva la comunione del godimento di questa somma. Deve il coniuge indennizzare la comunione di tal perdita pagando gli interessi? Lo dovrebbe, se la comunione fosse una persona civile. Sorgerebbero allora fra essa e i coniugi i rapporti che nascono da un prestito e, per conseguenza, vi sarebbe luogo, secondo il diritto comune, al pagamento del capitale e degli interessi. Ma la comunione non ha esistenza indipendente dai coniugi; sono i coniugi associati che costituiscono la comunione. Segue da ciò che i rapporti dei coniugi colla comunione hanno un carattere particolare. Il coniuge che prende mille lire nella comunione è debitore personale di questa somma, ma è anche creditore quale coniuge in comunione. Se pagasse gl'interessi delle indennità, li pagherebbe a sè stesso, almeno per la sua parte nella comunione. D'altra parte la comunione profitta delle operazioni mediante le quali il coniuge prende una somma sui beni comuni (1). Se dunque si volessero regolare i diritti rispettivi dei coniugi associati e dei coniugi debitori o creditori, bisognerebbe tener conto del risultato delle operazioni, risultato che non si verifica sovente se non dopo un lungo elasso di tempo. Il regolamento delle indennità durante il corso della comunione e l'obbligo di pagare gli interessi avrebbero suscitate incessanti difficoltà fra i coniugi. Era meglio differire questa sistemazione allo scioglimento della comunione e dispensare i coniugi debitori dal pagare gli interessi durante la comunione. Sotto questo rapporto, le relazioni fra i coniugi e la comunione non sono quelle che esistono fra creditori e debitori ordinarii. L'uno può perdervi, l'altro vi guadagnerà. La legge non tiene alcun conto di questi guadagni e di queste perdite finchè la comunione dura. I vincoli d'affetto che esistono fra i coniugi spiegano il carattere speciale che hanno i compensi di cui sono debitori o creditori.

Ma allo scioglimento della comunione i coniugi rientrano nel diritto comune. L'art. 1473 stabilisce: « I reimpieghi e i compensi dovuti dalla comunione ai coniugi ed i compensi ed indennità da essi dovuti alla comunione importano gli interessi di pien diritto dal giorno dello scioglimento della comunione ». Si com-

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 589.

prende che gli interessi siano dovuti, poichè i rapporti diventano quelli fra creditori e debitori ordinarii. Ma perchè decorrono essi *Ope legis?* Su ciò l'art. 1473 deroga al diritto comune. Gli interessi sono dovuti o in forza di una stipulazione o in conseguenza di una domanda giudiziale. Gli è solo per eccezione che decorrono di pien diritto. Quale è il motivo di questa eccezione in quanto concerne i compensi? Quando il coniuge deve un'indennità, la deve per aver preso una somma sulla comunione e quindi per essersi appropriato un valore che dopo lo scioglimento deve far parte della massa divisibile. Ora sta il principio che gli interessi profittano della massa. Se il coniuge godesse, dopo lo scioglimento della comunione, d'un bene comune, dovrebbe dar conto del suo godimento conferendo i frutti alla massa. Per la stessa ragione deve gli interessi delle indennità, perchè anche queste indennità comprendono beni comuni (1).

N. 2. — Come si fa la collazione.

491. L'art. 1468 dice che i coniugi e i loro eredi conferiscono alla massa dei beni esistenti ciò di cui sono debitori verso la comunione a titolo di compenso o d'indennità. Risulta dai termini della legge che la collazione si fa, per principio, colla rimessa della somma nella massa comune. È la collazione in natura. Però il pagamento può farsi per via di compensazione. È questo il diritto comune per ogni debito quando riunisce i caratteri determinati dalla legge perchè la compensazione possa operarsi. La liquidazione dei compensi dovuti ai coniugi si fa contemporaneamente a quella dei compensi che i coniugi devono alla comunione. Non si può dunque dire in modo assoluto che il coniuge è debitore della somma che ha preso nella comunione quando può essere creditore di somme eguali o maggiori verso la comunione. Debitore di diecimila lire che ha preso sulla comunione, s'egli è creditore di quindicimila formanti il prezzo d'un bene proprio versato nella comunione, sarà realmente creditore di cinquemila lire, e invece di conferire il suo debito di diecimila potrà reclamare un credito di cinquemila lire. Anche la compensazione può diminuire il suo debito. Egli non deve conferire ciò di cui è debitore se non fatta deduzione di ciò di cui è creditore. Si è contestato il principio della compensazione in materia di compenso, ma a torto. La compensazione estingue i debiti al pari del pagamento. Poco importa dunque che l'art. 1468 non parli che del pagamento. Ciò non

(1) Gli scrittori non si accordano sui motivi dell'art. 1469. Vedi AUBRY e RAU, t. V, p. 359, nota 14, § 511. RODIÈRE e PONT, t. II, p. 246, n. 962. TROPLONG, t. II, p. 51, nn. 1658 e 1659. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 298, n. 133 *bis*.

esclude la compensazione. La Corte di cassazione del Belgio ha giudicato così, e non vi ha dubbio (1).

492. La collazione non deve necessariamente farsi in natura, ma d'ordinario avviene fittiziamente. Lo dice Pothier. È dunque una pratica tradizionale (2). Ciò può accadere in due modi.

Anzitutto aggiungendo alla massa dei beni il credito che la comunione ha contro il coniuge debitore, prenotandoglielo poi sulla sua parte. I beni esistenti valgono novantamila lire. Il marito deve un'indennità di diecimila. L'attivo è dunque di centomila lire. Al momento della divisione la moglie prenderà cinquantamila lire, e si prenoterà al marito il debito di diecimila a cui è tenuto verso la comunione. Egli non riceverà dunque che quarantamila lire. Questo processo è più semplice che se il marito fosse obbligato a conferire diecimila lire nella comunione per riprenderle poi al momento della divisione. Egli ritiene le diecimila lire, invece di pagarle o di riceverle poi nella sua quota. È la collazione che si fa per imputazione.

La collazione fittizia può farsi ancora per via di prelevamento a vantaggio del coniuge che non è debitore. Invece di aggiungere alla massa dei beni esistenti le diecimila lire che deve, il marito lascia che la moglie prelevi prima della divisione una somma equivalente, poi si dividono le ottantamila lire che restano, il che darà al marito quarantamila lire ed alla moglie cinquantamila. Il risultato è identico.

Vi è anche un terzo modo di fare la collazione fittizia, ed è quello conosciuto nella pratica sotto il nome di *mi-denier*. Esso consiste nel dividere la comunione come se nulla le fosse dovuto dall' uno dei coniugi, salvo poi al coniuge debitore pagare all'altro la metà del suo debito, l'altra metà estinguendosi nella sua persona per via di confusione. Sulla massa delle novantamila lire ciascuno dei coniugi prende la metà, quarantacinquemila lire. Il marito paga alla moglie la metà di ciò che deve alla comunione, ossia cinquemila lire. L'altra metà del debito si estingue per confusione, poichè il marito dovrebbe pagarla a sè stesso (3).

I notai hanno la scelta fra questi diversi procedimenti, a seconda delle convenienze delle parti. Si potrebbe obbiettare contro il terzo che non è conforme alla lettera dalla legge. Essa suppone una collazione fatta alla massa prima della divisione, mentre il *mi-denier* non si pratica che dopo la divisione. Ma se le parti s'accordano, poco importa. L'ordine pubblico non è in causa, e le parti regolano i loro interessi privati come meglio credono.

---

(1) Rigetto, 17 dicembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 240). Cfr. POTHIER, *Della comunione*, n. 705.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 705.

(3) RODIÈRE e PONT, t. III, p. 339, n. 1069.

493. La collazione può sempre farsi fittiziamente? No, è d'uopo che la collazione fittizia produca lo stesso risultato della collazione in natura. Così avviene nell'esempio che abbiamo tolto da Pothier e nei casi analoghi, vale a dire quando la parte spettante al coniuge debitore nella comunione è superiore o almeno eguale alla somma che deve conferire. Se la sua quota di comunione è inferiore al compenso da lui dovuto, sarà obbligato a farne la collezione in natura, altrimenti la collazione non sarebbe reale. I beni esistenti allo scioglimento della comunione ammontano a diecimila lire. Il marito ne deve ventimila. L'attivo è dunque di trentamila, di cui la moglie deve avere la metà, ossia quindicimila. La collazione fittizia le darebbe questa somma? No, perchè la collazione fittizia non mette nulla nella massa. La moglie non vi troverebbe dunque che diecimila lire, vale a dire cinquemila lire meno di quello che deve ricevere. Il marito dovrebbe, nel caso concreto, mettere nella massa cinquemila lire in contanti. Egli pagherebbe così il suo debito di ventimila lire, quindicimila per imputazione e cinquemila in natura (1).

494. Vi ha un caso nel quale la collazione dev'essere sempre fatta in natura, ed è quando la moglie o i suoi eredi l'esigono. A termini dell'art. 1471, la moglie ha il diritto di esercitare i suoi prelevamenti o le sue riprese sui beni della comunione, denaro, mobili ed immobili. È soltanto in caso d'insufficienza dei beni della comunione ch'essa esercita le sue riprese sui beni personali del marito. Ora, i compensi di cui il marito è debitore sono valori presi sulla comunione. La moglie ha dunque il diritto d'esigere che ne sia fatta la collazione reale perchè vi possa esercitare le sue riprese (2).

495. Ciascuno dei coniugi può essere debitore di compenso. Si domanda se queste collazioni possono farsi per via di compensazione. È certo che non può parlarsi della compensazione legale. Perchè vi sia luogo a compensazione, bisogna che due persone si trovino debitrici l'una verso l'altra. Ora, i coniugi che devono dei compensi non sono debitori l'uno verso l'altro, ma sono debitori della massa. Invano si dirà che la massa è la comunione, e che la comunione sono i coniugi. Non ne risulta che i coniugi debitori della massa lo siano l'uno verso l'altro. Il testo stesso del codice lo dice. Esso distingue i compensi che i coniugi devono alla comunione e i debiti a cui l'uno è tenuto verso l'altro. I primi sono soggetti a principii speciali che non reggono pei secondi (art. 1478), perchè la comunione, quantunque non costituisca una persona civile, si distingue però dai coniugi. La comunione è costituita dai coniugi associati. Non si può dunque dire che la massa si confonde

---

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 285, n. 127 *bis* III.
(2) Cassazione, 16 aprile 1862 (Dalloz, 1862, 1, 276).

coi coniugi e, per conseguenza, la compensazione legale è impossibile (1).

496. Tuttavia non si deve conchiuderne che, in questo caso, la collazione debba farsi necessariamente in natura. Pothier dice che quando il marito e la moglie sono debitori ciascuno verso la comunione, l'uno di seimila lire e l'altro di quattromila, possono reciprocamente soddisfare il debito in due modi. Il primo consiste nell'aggiungere alla massa dei beni esistenti i crediti che la comunione ha contro di loro, e nel prenotare poi a ciascuno di essi sulla sua parte il credito che la comunione ha contro di lui. Il secondo consiste nel compensare fino a concorrenza le somme di cui ciascun coniuge è debitore, e nel far poi prelevare sulla massa, da quello che deve meno, una somma eguale a quella di cui il coniuge che doveva di più si è trovato debitore, una volta fatta la *compensazione*. Se la moglie fosse debitrice di quattromila lire e il marito di seimila, la *compensazione* si farebbe fino a concorrenza di quattromila lire, di modo che il marito non dovrebbe che una collazione di duemila lire (2). Ciò che dice Pothier non è in opposizione con quanto noi abbiamo insegnato testè (n. 495). La *compensazione* di cui egli parla non è la compensazione legale del codice civile, ma la compensazione nel linguaggio volgare, vale a dire una collazione fittizia che si fa per imputazione e che ha generalmente lo stesso effetto della collazione reale. Se il marito e la moglie sono debitori ciascuno di mille lire e fanno la collazione in natura, la massa comprenderà duemila lire di più, e per conseguenza ciascuno avrà mille lire di più per la sua parte. Ma a qual pro dare mille lire con una mano per riprenderle coll'altra? È più semplice ritenerle, vale a dire pagare per via d'imputazione.

497. I coniugi non possono sempre procedere come dice Pothier. Non lo possono quando questo sistema nuocerebbe alla moglie o al marito. I coniugi devono ciascuno diecimila lire. La moglie ha delle riprese da esercitare per quarantamila lire, ma non vi sono che ventimila lire di beni. Se il debito del marito si compensa con quello della moglie, la massa non sarà che di ventimila. Ne risulterà anzitutto che la moglie non può ottenere la sua ripresa sui beni della comunione, come ne ha il diritto. Essa può dunque esigere che la collazione dei debiti si faccia in natura (n. 495). Alla sua volta il marito è interessato a che la collazione si faccia in natura, perchè, se la moglie non trova che ventimila lire nella comunione, avendo diritto ad una ripresa di quarantamila, potrà escutere il marito sui suoi beni personali per le ventimila lire che le mancano, deducendo però le diecimila che

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 285, n. 127 *bis* IV.
(2) Pothier, *Della comunione*, n. 706. Rodière e Pont, t. II, p. 339, n. 1070.

deve da parte sua. In sostanza, ciascuno dei coniugi ha diritto ed interesse a che la collazione si faccia in natura, salvo a dedurre ciò che deve da ciò che gli è dovuto a titolo di compenso.

Anche i terzi creditori possono essere interessati a che la collazione si faccia in natura. Se la comunione è di ventimila lire e ciascun coniuge sia debitore di diecimila, la massa divisibile sarà di quarantamila lire, di cui metà spetta alla moglie. Questa potrà dunque essere escussa fino a concorrenza di ventimila lire, la sua parte della comunione, mentre, se i due debiti si compensassero, la massa non sarebbe che di ventimila lire, e la moglie non potrebbe essere escussa che per le diecimila che prende nella divisione. I creditori avrebbero, è vero, azione contro il marito, ma questi può essere insolvibile. I creditori sono dunque interessati a che la collazione si faccia in natura, e ne hanno il diritto, perchè la collazione in natura è la regola in forza dell'art. 1468. Se si fa anche fittiziamente, ciò avviene per comodo delle parti, ma il diritto prevale sovra questi accomodamenti (1).

§ II. — *Dei compensi dovuti ai coniugi.*

N. 1. — Delle riprese.

498. I compensi che i coniugi hanno contro la comunione si esercitano per via di prelevamento sulla massa divisibile (articoli 1433 e 1470). Questi prelevamenti sono dalla legge chiamati anche *riprese* (art. 1472). È questa l'espressione della consuetudine di Parigi, ed è molto caratteristica. Il coniuge *riprende* i suoi beni, perchè ciò che è entrato nella comunione a titolo di beni suoi proprii apparteneva al coniuge. Allo scioglimento della comunione esso riprende ciò che è suo. Ecco perchè preleva sulla massa. Sono beni proprii che non appartengono alla massa e quindi devono essere ritirati. I prelevamenti, come indica la parola, si fanno necessariamente prima della divisione, poichè hanno per oggetto di costituire la massa divisibile, riprendendo ciò che non le appartiene. Se il coniuge che ha una ripresa da fare consente alla divisione prima di aver esercitato i suoi prelevamenti, non potrà più reclamare i diritti che la legge gli accorda per l'esercizio delle sue riprese. L'art. 1471 diviene inapplicabile. Invano direbbe che si è diviso ciò che non apparteneva alla comunione. Gli si risponderebbe che egli era creditore e che ha rinunciato alle garanzie che la legge gli accorda per l'esercizio del suo credito. Egli resta creditore, ma non potrà più esercitare i diritti particolari che la legge annette ai compensi. Sarà un creditore ordinario. La disposizione del-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 285, n. 127 *bis* IV. Rodière e Pont, t. II, p. 340, n. 1071. Amiens, 10 aprile 1861 (Dalloz, 1861, 2, 102).

l'art. 1471 non è d'ordine pubblico. È dunque permesso alle parti interessate di rinunciarvi (1).

499. L'art. 1470 determina ciò che ciascun coniuge può prelevare: « Sulla massa dei beni ciascun coniuge o il suo erede preleva: 1.° I suoi beni personali che non sono entrati in comunione, se esistano in natura, o quelli che sono stati acquistati in reimpiego; 2.° Il prezzo dei suoi immobili che sono stati alienati durante la comunione, e di cui non è stato fatto reimpiego, 3.° Le indennità che gli sono dovute dalla comunione ». Questo testo dà luogo a qualche osservazione critica. Il n. 2.° è inutile, poichè compreso nel n. 3.°, di cui non è che la più usuale applicazione. Infatti, qual'è l'*indennità* che la comunione deve d'ordinario ai coniugi? L'art. 1433 risponde: « Se è venduto un immobile appartenente ad uno dei coniugi e il prezzo ne è stato versato nella comunione, vi ha luogo al prelevamento di questo prezzo a profitto del coniuge che era proprietario dell'immobile venduto ». L'art. 1470, n. 3, si riferisce all'art. 1433 e comprende, per conseguenza e innanzi tutto, l'indennità dovuta dalla comunione per il prezzo dei beni proprii alienati, caso previsto dal n. 2 dell'art. 1470. La ripetizione è evidente.

500. Non si tratta però che di una negligenza di redazione la quale non ha conseguenze pratiche. Ve n'è un'altra che si presta all'errore. Il n. 1 dell'art. 1470 dice che il coniuge *preleva* i suoi beni personali *che non sono entrati in comunione* e che li preleva sulla *massa*. Ciò è contraddittorio ed impossibile. Se i beni personali non entrano nella comunione non fanno parte della *massa*, e quindi non è possibile *prelevarli* sulla massa. Non vi ha dunque luogo a *prelevamento*, e nemmeno si può dire che i beni personali dei coniugi siano l'oggetto d'una *ripresa*. Si *riprende* ciò che è entrato nella comunione. Ora, i beni proprii non vi entrarono mai, ed è quindi impossibile *riprenderli*. I beni proprii restano, allo scioglimento della comunione, quello che sono sempre stati. Essi sono nel dominio del coniuge. Questi non ha nulla da riprendere, perchè non ha mai cessato di essere proprietario. La comunione non ha fatto che avere, finchè è durata, il godimento dei beni proprii dei coniugi. Questo godimento cessa di pien diritto quando la comunione si scioglie, senza che il coniuge abbia alcun atto di *ripresa* da fare. La cosa è evidente pel marito, e ciò che è vero del marito lo è pure per la moglie. Essa riprende l'amministrazione e il godimento dei suoi beni proprii, ma questo si fa senza che vi sia bisogno di alcuna liquidazione. Tutto ciò che si può dire per spiegare l'art. 1470 è che, durante la comunione, i beni personali dei coniugi e i beni comuni erano confusi di fatto, e che questa confusione cessa

(1) Rigetto, 3 maggio 1867 (della Corte di cassazione del Belgio) (*Pasicrisie*, 1867, 1, 320).

con una ripresa di fatto. Dal punto di vista giuridico, non vi è mai stata confusione e non si fa alcuna ripresa.

Diciamo che, su questo punto, la inesatta redazione della legge potrebbe indurre in errore mettendo alla stessa stregua la ripresa dei beni proprii e la ripresa delle indennità. La moglie esercita la ripresa delle indennità quale creditrice. Essa non ha, a questo titolo, alcuna preferenza a riguardo degli altri creditori, salvo la sua ipoteca legale. Se i beni non bastano per pagare tutti i creditori, la moglie è pagata con una percentuale insieme cogli altri creditori chirografarii. Si applica questo principio alla ripresa dei beni personali della moglie? Secondo il testo dell'art. 1470, bisognerebbe rispondere affermativamente, poichè la legge assimila il prelevamento dei beni proprii al prelevamento delle indennità. Ma sarebbe un grave errore. Quando la moglie preleva i suoi beni proprii agisce come proprietaria, perchè non ha mai cessato d'esserlo. Ora, il proprietario non è in conflitto coi creditori. Egli non reclama nulla, trattiene quello che ha sempre avuto, e non può quindi parlarsi di contribuzione fra lui e gli altri creditori (1).

Troplong si è lasciato ingannare dalla redazione dell'art. 1470. Forse sarebbe più esatto il dire, ch'egli ha carpito a volo la cattiva redazione della legge, per valersene nella questione sì a lungo controversa, se il coniuge eserciti le sue riprese a titolo di proprietario o a titolo di creditore. Il coniuge riprende certamente i suoi beni proprii a titolo di proprietario, ma occorre all'uopo, dice l'art. 1471, che i beni proprii esistano in natura. Tali sono gli immobili proprii dei coniugi.

Accade lo stesso, dice Troplong, dei denari proprii. Ora, sono denari proprii le somme che costituiscono il prezzo d'un immobile. Il coniuge venditore le riprende a titolo di proprietario, il che gli attribuisce una preferenza sugli altri creditori. Troplong dice che la cosa è evidente, eppure egli ha contro di sè il testo e i principii. L'art. 1470 non parla che del prelevamento dei beni che esistono in natura. Ora, i beni alienati non esistono più in natura. Quanto ai denari provenienti dalla vendita, essi sono divenuti proprietà della comunione a titolo di quasi usufrutto. Se dunque il coniuge li riprende, li riprende a titolo di creditore. Tuttavia Troplong spiega l'errore fino a dire che i denari proprii non sono entrati nella comunione che a titolo di *deposito*. Ma un depositario diviene proprietario? Ha un depositario il diritto di consumare la cosa?

501. Il codice tratta dei prelevamenti nella sezione intitolata: *Della divisione della comunione dopo l'accettazione*. I prelevamenti costituiscono un'operazione preliminare della divisione. Segue da ciò che i compensi dovuti ai coniugi non possono esercitarsi che dopo lo scioglimento della comunione. La ripresa è impossibile

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 287, n. 128 *bis* II e III.

finchè la comunione dura. Quanto ai beni proprii, il coniuge non ne riprende che il godimento. Ora, il godimento appartiene alla comunione. Quanto alle indennità, esse comprendono i denari proprii, che la comunione ha percepiti, e che deve restituire. Ora, essa ne è divenuta proprietaria come quasi-usufruttuaria, e non deve farne la restituzione che quando il suo godimento cessa.

Può la moglie, durante la comunione, prendere misure conservative per garantire il pagamento delle indennità che le sono dovute dalla comunione? Quando le riprese della moglie sono in pericolo, essa può domandare la separazione dei beni, e nel corso della causa la legge le permette di prendere misure conservative. Rimandiamo a ciò che si è detto sulla separazione dei beni. La legge autorizza la moglie a prendere misure conservative anche quando domanda il divorzio o la separazione personale (art. 270). In tutti questi casi lo scioglimento della comunione è probabile ed imminente, i diritti della moglie stanno per aprirsi. È giusto ch'essa li metta al coperto dalle intraprese del marito col quale è in lite. Ma, nel corso ordinario delle cose, può la moglie, finchè esiste la comunione, prendere misure di conservazione? La questione si presenta in materia d'ipoteche. Ne riparleremo.

502. Il coniuge che reclama una ripresa deve provare che la ripresa gli è dovuta. È il diritto comune. Esso s'applica anche alla ripresa dei beni proprii. Ciò risulta dall'art. 1404, il quale stabilisce una presunzione di proprietà a vantaggio della comunione, nel senso che ogni immobile è reputato acquisto di comunione se non è *provato* che uno dei coniugi ne aveva la proprietà o il possesso legale prima del matrimonio, e che gli è stato devoluto dopo a titolo di successione o donazione. Abbiamo spiegato questa disposizione trattando dell'attivo della comunione. Quanto alle indennità che il coniuge reclama, egli deve provare che i denari suoi proprii sono stati versati nella comunione. Sono i termini dell'art. 1433. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra, specialmente sulla questione di sapere se vi sia differenza, in quanto concerne la prova, fra il marito e la moglie (n. 457).

503. I compensi dovuti dalla comunione ai coniugi importano gli interessi di pien diritto dal giorno dello scioglimento della comunione. Finchè dura la comunione, il coniuge può reclamare gl'interessi di ciò che gli è dovuto (art. 1473). Gli scrittori non s'accordano sui motivi per cui gl'interessi non sono dovuti durante la comunione e sulle ragioni per le quali decorrono di pien diritto dopo il suo scioglimento. Bisogna applicare, per analogia, ai compensi che la comunione deve ai coniugi ciò che abbiamo detto dei compensi che i coniugi devono alla comunione. Durante il matrimonio, la comunione non è debitrice, ma proprietaria in virtù del suo quasi-usufrutto, ed è tenuta a restituire solo dal giorno del suo scioglimento. Essa non può essere

tenuta a pagare gl'interessi d'un debito che non esiste. Perchè li deve dall'istante che il debito esiste? Perchè le indennità fanno parte del patrimonio dei coniugi, sono beni proprii, consistenti in denari proprii versati nella comunione. Ora, gli interessi, al pari dei frutti, appartengono al proprietario. Il coniuge dunque vi ha diritto, per la stessa ragione per cui la comunione ha diritto agli interessi ed ai frutti delle indennità che i conjugi le devono. Sono beni presi nella massa comune, da una parte, o nel patrimonio dei coniugi, dall'altra. Ora, gli interessi e i frutti aumentano la massa alla quale i beni appartengono (1).

N. 2. — Come si esercitano i prelevamenti.

504. Supponiamo che la moglie accetti. In questo caso i prelevamenti costituiscono un'operazione preliminare della divisione. Gli è quanto dire che le riprese si fanno per via di prelevamento sulla massa. L'art. 1471 regola il modo di fare i prelevamenti. Bisogna distinguere. I beni che esistono in natura si riprendono in natura. Non occorreva dirlo e, nella realtà delle cose, non si tratta d'una vera ripresa. Il coniuge era proprietario durante la comunione e rimane tale dopo lo scioglimento. Questa ripresa non può essere esercitata sul denaro contante, sui mobili e sugli acquisti della comunione. Non vi sarebbe senso. La distinzione che fa l'art. 1471 è una conseguenza della redazione scorretta dell'art. 1470. Giacchè il codice considera la ripresa dei beni proprii come un prelevamento, doveva dire anche che questa ripresa non si effettuava come avviene per la ripresa delle indennità. In sostanza, non si deve fare alcuna distinzione. Bisogna lasciar da parte i beni proprii che non si riprendono, e dire che i prelevamenti si fanno anzitutto sul denaro contante, quindi sui mobili, e sussidiariamente sugli immobili della comunione.

Qual'è la ragione dell'ordine successivo stabilito dalla legge? Perchè, se vi ha danaro, il coniuge non può prendere dei mobili? E perchè non può prendere degli immobili che sussidiariamente? Il coniuge che ha diritto ad un compenso è creditore. Egli *preleva* il prezzo, dice l'art. 1433. Ora, ogni creditore non ha diritto che ad una somma di denaro, ed è quindi naturale che il coniuge prelevi sul denaro contante ciò che gli è dovuto. Ma il numerario che si trova nella comunione può essere insufficiente a soddisfare la ripresa dei coniugi. La legge permette loro, in questo caso, di pagarsi sui beni mobili ed immobili che compongono la massa. Qui la legge s'allontana dal diritto comune. Il coniuge è creditore d'una somma di denaro, e la legge dice che è pagato in effetti mobili od immobili. Ciò si spiega colla

(1) Cfr. Colmet de Santerre, t. VI, p. 298, n. 133 *bis*.

qualità di comproprietario che il coniuge ha, oltre a quella di creditore. Ragioniamo così mettendoci dal punto di vista dell'opinione comune, la quale pone i due coniugi alla stessa stregua ed applica l'art. 1471 tanto al marito quanto alla moglie. Più avanti faremo le nostre riserve. Il coniuge è dunque pagato in mobili od in immobili. Per qual motivo non può reclamare degli immobili che in mancanza di mobili? Perchè la legge ha dovuto conciliare il suo diritto con quello dell'altro coniuge. Gli immobili sono considerati come i beni più preziosi. Se ve ne sono nella comunione, è giusto che ciascuno dei coniugi ne abbia la sua parte. E' il diritto che spetta loro come comproprietarii, e, sotto questo rapporto, il diritto del coniuge comproprietario prevale al diritto del coniuge creditore. Però il diritto del coniuge creditore riprende la sua preferenza quando i mobili sono insufficienti. Egli si paga allora in immobili, quand'anche il suo credito assorbisse tutti quelli della comunione. Così richiede l'equità. Qual'è la solita causa dei compensi reclamati dai coniugi e specialmente dalla moglie? Lo dice l'art. 1433. La vendita dei suoi beni proprii. E se essa consente a vendere gli immobili che appartennero alla sua famiglia, lo fa per venire in aiuto alla comunione nella persona del suo capo. Siccome essa si spoglia dei suoi immobili nell'interesse della comunione, è giusto che anche la sua indennità consista in immobili.

505. Quando la moglie esercita le sue riprese sugli immobili della comunione, la legge le lascia, come lascia ai suoi eredi, la scelta degli immobili (art. 1471). Qual'è la ragione di questa disposizione? Gli scrittori non sono concordi, e il dissenso sui motivi conduce a controversie nell'applicazione della legge. Importa dunque precisarli. Secondo l'opinione generalmente seguita, si dice, che il lasciare la scelta alla moglie è una conseguenza delle due qualità ch'essa riunisce nella sua persona, quella di creditrice e quella di comproprietaria dei beni comuni. Come creditrice, essa può sequestrare i beni. Come comproprietaria, può scegliere quelli che le convengono (1). La spiegazione ci pare insufficiente ed anche inesatta. E vero che la moglie creditrice d'un compenso è anche comproprietaria dei beni compresi nella massa. Ma si tratta di due diritti ben distinti, e che bisogna guardarsi dal confondere. Un comproprietario di beni indivisi ha il diritto di domandare la divisione. Se oltre all'essere comproprietario, è creditore della massa divisibile, può scegliere fra gli immobili quelli che gli convengono per pagarsi di ciò che gli dovuto? No, certamente. Come creditore, egli non ha altro diritto che quello di ottenere il pagamento in denaro di quanto gli è dovuto. La scelta che l'art. 1471 lascia alla moglie è dunque un diritto eccezionale (2). Si può spiegarla come

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 332, § 511 (4.ª ediz.).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 289, n. 131 *bis* I.

eccezione, ma bisogna guardarsi bene dal farne la regola. La moglie ordinariamente ha diritto ad una ripresa per indennità d'un bene proprio che ha alienato e il cui prezzo è stato versato nella comunione. L'equità vuole che in mancanza di reimpiego essa possa prendere un immobile in pagamento di ciò che le è dovuto. E dal momento che le si dà questo diritto, si deve anche lasciarle la scelta, perchè non tutti i beni della comunione possono convenirle. Non è essa che li ha acquistati, ma il marito. È dunque equo lasciarle la scelta. È questo il motivo dato da Bourjon: « Per le sue riprese, egli dice, la moglie e i suoi eredi hanno anzitutto la scelta su tutti gli effetti della comunione, perchè tutto ciò che la riguarda è stato fatto dal marito, ed essa non fu che spettatrice, e spettatrice muta, per la sua condizione, di tutta l'amministrazione del marito » (1).

506. L'art. 1471 non dice che la moglie ha la scelta dei mobili. Però tutti gli autori gliela concedono (2). A rigor di diritto, bisognerebbe rifiutargliela. Se è vero che il diritto di scegliere gli effetti per pagarsi di ciò che le è dovuto è un'eccezione, la disposizione dell'art. 1471 è per ciò stesso di rigorosa interpretazione. Invano si dice che vi ha analogia e, più che analogia, un argomento *a fortiori*. L'argomento sarebbe che non si potrebbe estendere una disposizione la quale consacra una vera anomalia, dando al creditore il diritto di pagarsi con quegli effetti che a lui piace di scegliere. E neppure l'analogia esiste. Vi è una ragione d'equità per dare alla moglie la scelta degli immobili. Quanto ai mobili, che importa? Se non convengono alla moglie li venderà. Gli effetti mobili hanno un prezzo corrente pel quale si trovano sempre compratori. Non così degli immobili. Si invoca la tradizione. L'argomento sarebbe decisivo se fosse certo che la legge ha seguito la tradizione in questa materia. Ma anche questo è controverso e dubbio, come diremo. Quando vi sono tante ragioni di dubitare, la cosa più sicura non è forse di attenersi al testo?

507. Il testo dell'art. 1471 solleva un'altra difficoltà. Esso comincia col dire che i prelevamenti della moglie si esercitano prima di quelli del marito; indi soggiunge: « Essi si esercitano *riguardo ai beni che non esistono più in natura*, prima del danaro contante, ecc. » Devesi conchiudere da ciò che l'art. 1471 si applica soltanto al caso in cui la moglie abbia da esercitare delle riprese per i suoi beni proprii alienati senza reimpiego? La Corte di Lione ha interpretato la legge in questo senso. Essa si è attenuta al testo che, a suo dire, è talmente restrittivo da non potersi estendere la legge ad altre indennità (3). Questa opinione non ha trovato favore. Tutti gli scrittori la condan-

---

(1) Bourjon, *Diritto comune della Francia*, t. I. p. 530, nn. VI e VII.
(2) Toullier, t. VII, 1, p. 161, n. 185. Rodière e Pont, t. II, p. 346, n. 1078.
(3) Lione, 3 marzo 1841 (Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n. 2378).

nano, ed a ragione. Noi pure crediamo che la legge sia restrittiva, ma se non si possono estendere le leggi restrittive e specialmente le leggi eccezionali, si ha almeno il diritto e il dovere di interpretarle. Che cosa significano le parole dell'art. 1471: *Riguardo ai beni che non esistono più in natura?* Abbiamo già risposto che esse sono inutili come il n. 1 dell'articolo 1470, al quale si riferiscono. Esse suppongono che vi ha luogo a prelevamento rispetto ai beni proprii esistenti in natura; il che non è esatto. Se queste parole sono inutili, s'interpreta molto male la legge ravvisandovi una condizione. Ma, anche attenendosi alla lettera della legge, bisogna sempre escludere l'interpretazione della Corte di Lione. Quali sono i *beni che non esistono più in natura*, come dice l'art. 1471? Sono i beni propri dei coniugi che sono stati versati direttamente o indirettamente nella comunione, perchè non possono esservi riprese se non riguardo ai beni proprii che sono stati impiegati a profitto della comunione. Si può dunque dire, in tutti i casi in cui vi ha luogo a compenso, che i beni non esistono più in natura. Ciò significa che l'art. 1471 è generale per la sua forma letterale, come lo è in forza dei principii. Non invocheremo la tradizione, perchè, in questa materia, non si può affermare che gli scrittori del codice abbiano inteso seguire la tradizione (1).

Vi ha una sentenza della Corte d'Orleans in questo senso. Una moglie in comunione di beni si era obbligata solidariamente col marito. Essa domandò la separazione dei beni, e allo scioglimento della comunione reclamò un compenso per l'obbligazione che aveva contratto nell'interesse della comunione. L'articolo 1431 le assicurava un'indennità, nella specie. Ma il marito sosteneva trattarsi di un semplice credito che non le dava diritto ad un prelevamento. I compensi sono infatti crediti di natura particolare e retti da principii speciali. Perchè vi sia luogo a compenso in vantaggio di un coniuge, occorre che siano stati versati nella comunione denari suoi proprii (art. 1433), e, nella specie, non vi era che un'obbligazione consentita dalla moglie. Il ragionamento era poco solido. Chi obbliga la sua persona obbliga i suoi beni. I beni della moglie erano dunque impegnati nell'interesse della comunione, e quindi si poteva invocare il principio di cui l'art. 1433 non consacra che delle applicazioni. La comunione doveva compenso alla moglie perchè ritraeva un profitto dai suoi beni (n. 449). Restava a sapere se l'art. 1471 fosse applicabile all'indennità che l'art. 1431 accorda alla moglie. Lo spirito della legge, dice la Corte d'Orleans, non lascia alcun dubbio. Non si concepisce che la legge stabilisca delle distinzioni fra le indennità cui la moglie ha diritto. Perchè accorderebbe essa maggior favore al credito nascente della vendita d'un bene

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 343, n. 1075. Marcadé, t. V, p. 624, n. II dell'articolo 1472. Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n. 131 *bis* II.

proprio che all'obbligazione che la moglie contrae e che impegna i suoi beni presenti e futuri? (1).

508. Quando i prelevamenti si esercitano sugli effetti mobili od immobili della comunione, si presenta una difficoltà di fatto. A qual prezzo si stimeranno gli oggetti che il coniuge prende in pagamento di ciò che gli è dovuto? I prelevamenti costituiscono un'operazione preliminare della divisione. Essi si fanno dunque in contradditorio col coniuge e coi suoi eredi. Se le parti interessate non s'accordano sul valore degli effetti prelevati dal coniuge creditore del compenso, si ricorrerà ad una perizia (2).

509. L'ordine stabilito dall'art. 1471 per l'esercizio dei prelevamenti va soggetto ad eccezioni? La legge non fa eccezioni di sorta: l'interprete non può dunque ammetterne se non vi è autorizzato dai principii generali di diritto. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, non vi ha luogo al prelevamento in natura degli immobili quando sono indivisibili. Infatti gli immobili che non possono dividersi comodamente e senza perdita sono licitati. Per conseguenza, è impossibile che il coniuge creditore del compenso li prelevi, quando il suo credito non gli dà diritto che ad una parte dell'immobile. Invano gli si attribuirebbe una parte indivisa, poichè la licitazione è necessaria, il che si risolve in un diritto sul prezzo. L'eccezione è dunque fondata sopra un testo di legge (art. 1686) e su questo principio, che l'ordine stabilito dalla legge per i prelevamenti non può essere seguito quando l'applicazione della legge è impossibile (3). Ciò suppone che vi siano parti interessate le quali contestino il prelevamento dell'immobile indivisibile. Se non vi sono creditori e se i coniugi o i loro eredi sono d'accordo, è sottinteso che possono consentire al prelevamento d'una parte indivisa in un immobile (4). L'art. 1471 non è una disposizione d'ordine pubblico e quindi le parti sono libere di regolare i loro interessi come credono meglio (5).

La Corte di cassazione sembra ammettere altri casi in cui il prelevamento non può esercitarsi in natura sopra immobili della comunione. Anzitutto, quando il prezzo non è stato pagato avendo il venditore l'azione di rescissione, gli immobili sono esposti ad essere sequestrati riguardo al privilegio che spetta al venditore, il che distruggerebbe il diritto del coniuge e l'obbligherebbe a contentarsi d'una parte nel prezzo. Tanto vale non esercitare il prelevamento in natura, salvo a provocare la vendita degli oggetti mobili od immobili appartenenti alla comunione.

---

(1) Orléans, 3 dicembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).

(2) Aubry e Rau, t. V, p. 361, § 511 (4.ª ediz.).

(3) Rodière e Pont, t. II, p. 344, n. 1077. Rigetto, 7 maggio 1855 (Dalloz, 1855, 1, 440).

(4) Orléans, 3 dicembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).

(5) Rigetto della Corte di cassazione del Belgio, 6 febbraio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424).

Non si tratta tanto d'una questione di diritto quanto d'un regolamento d'interessi. Se al coniuge conviene di prendere un immobile soggetto all'azione risolutiva, nessun principio vi si oppone, perchè la vendita, quantunque soggetta a rescissione, è traslativa di proprietà. L'immobile appartiene dunque alla comunione, e, per conseguenza, la moglie, che ha la scelta degli immobili, può prenderlo in pagamento della sua indennità. Anche la Corte di cassazione non considera il caso come una vera eccezione. È un motivo ch'essa adduce in appoggio della decisione da lei pronunciata in un caso in cui l'immobile era indivisibile. È inutile insistere sopra un altro considerando della stessa sentenza. È ancora un motivo in appoggio della soluzione data dalla Corte alla questione di sapere se la sentenza impugnata aveva violato la legge rifiutando d'ammettere il prelevamento in natura in un caso in cui l'immobile era riconosciuto indivisibile (1). La sola conseguenza giuridica che si possa dedurre dalla sentenza è che non vi ha luogo al prelevamento in natura quando è necessaria la licitazione. È, in altri termini, il principio come è stato da noi formulato. L'art. 1471 subisce eccezione quando il prelevamento in natura è impossibile.

510. Un'altra difficoltà è stata sottoposta alla Corte di cassazione. Gli eredi della moglie domandavano di prelevare un immobile della comunione in pagamento di un compenso che le era dovuto per il prezzo d'un bene proprio. Il marito obbiettava loro che, secondo l'art. 1471, essi non potevano prelevare gli immobili che sussidiariamente, e che dovevano prima di tutto esercitare le loro riprese sui mobili. È impossibile, replicavano gli eredi. Vent'anni sono trascorsi dallo scioglimento della comunione, e non avendo il marito superstite fatto inventario, come possiamo noi sapere se vi erano effetti mobili e se questi effetti esistono ancora? Allora il marito domandò di provare per mezzo di testimoni la consistenza dei mobili componenti l'attivo della comunione. La Corte di Caen respinse questa pretesa. Come permettere la prova testimoniale al marito, quando poteva e doveva, in forza della legge, fare inventario, il che gli dava una prova autentica della esistenza ed importanza dei mobili? Interposto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. La Corte ha deciso che gli eredi non potevano essere rimandati ad esercitare il prelevamento sul numerario e sui mobili della comunione, poichè nulla constatava che vi fossero stati mobili o denari contanti, non avendo il marito fatto constatare con un inventario la consistenza di mobili. Vi era anche una impossibilità legale. È vero che la legge permette agli eredi della moglie di provare la consistenza dei mobili non inventariati per mezzo di testimoni ed anche per pubblica fama. Ma

(1) Rigetto, 7 maggio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 410).

ciò costituisce per loro un diritto e non un obbligo, e il marito non poteva invocare un diritto stabilito contro di lui. In sostanza vi era impossibilità legale d'esercitare il prelevamento sui mobili, nel senso che la prova legale mediante inventario era impossibile per colpa del marito (1).

511. Diversa è la questione di sapere se il prelevamento in effetti mobili o immobili costituisca un obbligo che la legge impone ai coniugi. La questione è controversa nella dottrina e nella giurisprudenza. A nostro avviso, la legge dà un diritto al coniuge creditore del compenso, diritto eccezionale e di favore al quale egli può, per conseguenza, rinunciare, per attenersi al diritto comune. Il coniuge è creditore d'una indennità, vale a dire di una somma di denaro. Secondo il diritto comune, egli può pretendere di essere pagato in numerario. Infatti, a termini dell'articolo 1243, il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta sia eguale o maggiore. L'art. 1471 deroga a questa regola. Vi deroga forse in odio al coniuge creditore d'un compenso? È impossibile, perchè i compensi sono i crediti meglio favoriti (n. 504), ed è in forza di questo favore che la legge permette al coniuge di esercitare i suoi prelevamenti in natura. È dunque un diritto che essa intende di accordargli, non un obbligo che vuole imporgli. Si negherà che l'art. 1471 contiene una disposizione di favore? Il testo medesimo della legge prova che essa ha voluto favorire il coniuge e specialmente la moglie, perchè, cosa notevole, il testo non si occupa che della moglie. E che dice il testo? Che la scelta degli immobili è lasciata alla moglie ed ai suoi eredi. Può concepirsi che il legislatore, il quale dà alla moglie un diritto esorbitante, le imponga questo privilegio come un obbligo? Sarebbe contraddittorio e assurdo. Ma come? dirà la moglie. Mi si permette di scegliere gli oggetti più preziosi per pagarmi del mio credito, e mi si costringe a prendere degli effetti che mi sono inutili e che sarò obbligata a vendere? Non vi sono immobili: tutti i mobili consistono in una ricca biblioteca, in una collezione di quadri. Si vorrà obbligare la moglie a prendere in pagamento libri ed oggetti d'arte! Ciò significherebbe ritorcere a suo danno un diritto che è stabilito in di lei favore. Perchè non permettere di rinunciare ad un favore quando il favore sarebbe dannoso alla moglie? E perchè non permetterle di ritornare al diritto comune? (2).

La giurisprudenza delle Corti del Belgio si è pronunciata in questo senso (3), mentre la giurisprudenza francese inclina piut-

---

(1) Rigetto, 1.° dicembre 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 122).

(2) Vedi, in senso diverso, gli scrittori citati da AUBRY e RAU, t. V, p. 361, nota 25, § 511. Bisogna aggiungere, nel senso della nostra opinione, COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 289, n. 131 *bis* I.

(3) Rigetto, 6 febbraio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424). Liegi, 16 novembre 1872 (*ibid.*, 1873, 2, 64).

tosto verso l'opinione contraria (1). Una sentenza della Corte di Parigi, redatta con molta cura, tenta dimostrare che la disposizione dell'art. 1471 è obbligatoria per la moglie. L'art. 1471, dice la Corte, fa parte di un complesso di disposizioni che hanno per oggetto di regolare le indennità alle quali i coniugi hanno diritto. Le indennità sono crediti, è vero, ma crediti di natura speciale, e anche la loro riscossione si fa in base a regole particolari. La moglie non può scindere queste regole, prendere ciò che le conviene e ripudiare ciò che non le garba. Lo stesso art. 1471 comincia con una disposizione il cui carattere imperativo è incontestabile: « I prelevamenti della moglie si esercitano prima di quelli del marito ». Se la prima parte dell'articolo è imperativa, può concepirsi che la seconda sia facoltativa? Ci sembra che la questione sia posta male. Senza dubbio, i compensi sono crediti di natura particolare, ma in qual senso e con quale effetto? Essi, specialmente le riprese della moglie, sono più favoriti che i crediti ordinarii. È questa la ragione degli articoli 1470 e 1471. Le regole speciali che la legge stabilisce per il pagamento dei compensi sono d'ordine pubblico? No, esse hanno unicamente per oggetto di garantire interessi pecuniarii. Poco importa quindi che gli articoli 1470 e 1471 siano redatti in forma imperativa. Non cessano per questo di essere disposizioni d'interesse privato. Donde segue che la legge deve permettere al coniuge di usarne secondo il proprio interesse. Se la moglie trova che è nel suo interesse d'essere pagata in numerario, rinunciando al prelevamento in natura, ne ha il diritto, perchè può rinunciare al beneficio dell'art. 1471 introdotto in suo favore e reclamare il diritto che spetta ad ogni creditore.

512. L'applicazione della legge solleva un' altra difficoltà. Dal fatto che l'art. 1471 è facoltativo se ne è conchiuso che il coniuge convenuto o i suoi eredi potevano impedire il prelevamento in natura offrendo di pagare il compenso in denaro ed anche facendo vendere effetti della comunione fino a concorrenza di quello. Pare una cosa logica, eppure è in contraddizione col testo e collo spirito della legge. L'art. 1471 dà un diritto assoluto al coniuge creditore d'un compenso, assoluto nel senso che egli ha facoltà di pagarsi con effetti della comunione. Ora il diritto sarebbe derisorio se dipendesse dal convenuto arrestarne l'esercizio offrendo denari o provocando la vendita di beni comuni. La Corte di Parigi, nella sentenza che abbiamo citato criticandola, ha ragione di dire che il diritto del coniuge così inteso, non è un diritto, poichè non potrebbe essere esercitato che col concorso dell'altro coniuge o dei suoi eredi. Ma erroneamente ritiene poi che questa è una conseguenza del carattere facol-

(1) Rigetto, 2 giugno 1862 (Dalloz, 1862, 1, 420) nel senso della nostra opinione. In senso contrario, Metz, 10 aprile 1862 (*idem*, 1862, 2, 141), e Parigi, 24 luglio 1869 (*ibid.*, 1870, 2, 25).

tativo dell'art. 1471. Quando affermiamo che questa disposizione è facoltativa, intendiamo dire che è in potere del coniuge di approfittarne o di ritornare al diritto comune. Ma se dichiara che vuole approfittarne, il suo diritto non può essere intralciato da un'offerta di denari, poichè in tal modo sarebbe distrutto. Il testo non concede alcun diritto al convenuto, ma unicamente all'attore. A lui ed a lui solo appartiene di rinunciare ad un favore che la legge gli accorda. Vi ha una sentenza della Corte di cassazione del Belgio in questo senso (1).

513. È stato giudicato che la moglie può, nel contratto di matrimonio, riservarsi l'opzione di esercitare le sue riprese in natura prelevando oggetti della comunione, o di domandarne il pagamento in denaro facendo vendere dei beni comuni (2). Ciò non è dubbio, poichè, secondo la nostra opinione, la moglie non fa che stipulare un'opzione che le spetta di diritto. Bisognerebbe decidere così anche secondo l'opinione contraria alla nostra. Infatti, si tratta d'un interesse puramente pecuniario. Ora, i coniugi godono della più ampia libertà per regolare i loro interessi come credono.

Si dovrà dire per questo che i coniugi possano, nel contratto di matrimonio, rinunciare al beneficio dell'art. 1471? A nostro avviso la clausola sarebbe nulla, in quanto avrebbe per oggetto di rinunciare ad un privilegio che la legge accorda alla moglie in forza della sua qualità di moglie in comunione di beni. Diremo tosto quali sono questi privilegi. Per ciò solo che essi appartengono soltanto alla moglie, questa non può rinunciarvi anticipatamente. Essi sono dell'essenza della comunione perchè compensano il potere assoluto che il marito ha sotto questo regime e la dipendenza della moglie (3).

514. L'art. 1471, dicendo che i prelevamenti si esercitano anzitutto sul denaro contante, poi sui mobili e sussidiariamente sugli immobili della comunione, potrebbe far credere che il debito dei compensi sia un debito dei beni che la legge vi destina, mentre i debiti, in generale, gravano tutti i beni, il che conduce ad una dottrina, oggi abbandonata, secondo la quale le riprese si eserciterebbero a titolo di proprietà. La Corte di Caen ha giudicato così. È inutile entrare in questo dibattito. Ritorneremo più avanti sulla questione di principio. L'art. 1471 vi è affatto estraneo. Esso regola unicamente l'esercizio del diritto di ripresa. Se il prelevamento si fa anzitutto sul denaro contante, non ne risulta che i mobili e gli immobili non siano colpiti da questo debito. Così pure, se vi sono mobili sufficienti

---

(1) Rigetto, 29 novembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 1, 69). Gli scrittori sono divisi. Vedi le citazioni in RODIÈRE e PONT, t. II, p. 349, n. 1074, e in AUBRY e RAU, t. V, p. 362 e nota 26, § 511 (4.ª ediz.).

(2) Caen, 12 maggio 1870 (DALLOZ, 1872, 1, 196).

(3) Vedi le sentenze citate più avanti, n. 522.

per soddisfare i compensi del coniuge, non se ne potrebbe conchiudere che il debito non gravi gli immobili. Sotto questo punto di vista non vi ha alcuna differenza fra i compensi e gli altri debiti. È dell'essenza degli altri debiti il gravare tutti i beni, senza distinzione fra i mobili e gli immobili. La questione ha un interesse pratico nel caso in cui vi sia un legatario dei mobili e un legatario degli immobili. Il legatario dei mobili, supponendo che sopporti tutta la ripresa, potrà domandare che il legatario degli immobili vi contribuisca per la sua quota. La giurisprudenza è in questo senso (1).

515. Vi ha però una differenza fra il debito delle riprese e i debiti ordinarii in quanto riguarda i diritti che appartengono al creditore sui beni. Chi obbliga la sua persona obbliga i suoi beni. Ne risulta che i creditori hanno diritto di essere garantiti su tutti i beni del loro debitore (art. 2092, 2093). Ma questa garanzia svanisce coll'alienazione che il debitore faccia dei suoi beni. Il creditore non ha più azione su quelli che il debitore ha alienati. Questo principio non è applicabile all'esercizio dei prelevamenti. Supponiamo che la moglie abbia diritto ad una ripresa. Nella comunione non vi sono mobili. La moglie ha diritto di prelevare la sua indennità sugli immobili. Può il marito rendere nullo questo diritto vendendo la sua parte indivisa negli immobili? La Corte di cassazione ha giudicato che il marito non poteva vendere la sua parte indivisa che a condizione di pagare le riprese da cui era colpita. Invano si diceva che la legge non dà alcun diritto reale alla moglie sugli immobili della comunione e che la garanzia del creditore svanisce colla alienazione dei beni. Non si tratta nella specie del diritto di garanzia. Si tratta di sapere quale è il diritto del marito sui beni quando sono gravati dall'onere delle riprese. Ora, secondo il sistema del codice, le riprese si esercitano per via di prelevamento. I beni che rimangono dopo il prelevamento costituiscono la massa divisibile. Se dunque il marito vende prima che la moglie abbia fatto i suoi prelevamenti, vende ciò che non gli appartiene, almeno fino a concorrenza dell'ammontare delle riprese. La vendita non è dunque valida che per quello che resta, deduzione fatta delle riprese. In questo senso la Corte di cassazione ha ragione di dire, che il marito non può cedere a terzi diritti maggiori di quelli che egli stesso possiede. Se vende la sua parte indivisa, la vende gravata dell'onere dei compensi (2).

---

(1) Vedi le testimonianze in AUBRY e RAU, t. V, p. 539, nota 15, § 511 (4.ª ediz.).
(2) Rigetto, 6 novembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 167).

N. 3. — Dei privilegi accordati alla moglie per l'esercizio delle sue riprese.

516. La legge accorda certi privilegi alla moglie per l'esercizio delle sue riprese. Quali sono questi privilegi? Ve ne sono due indiscutibili. La moglie esercita i suoi prelevamenti prima del marito (art. 1471). In caso d'insufficienza della comunione, essa ha inoltre regresso contro il marito, mentre il marito non ha azione che sui beni della comunione (art. 1472). La scelta degli immobili che l'art. 1471 attribuisce alla moglie è un altro dei suoi privilegi? Ritorneremo sulla questione che è controversa. Pel momento basta constatare che il relatore del Tribunato comprende la scelta degli immobili tra i favori che la legge accorda alla moglie. Duveyrier dice anche quale sia la ragione di questi privilegi: « La privazione assoluta di potere e d'influenza che ha costantemente allontanato la moglie da tutti gli atti d'amministrazione deve anche qui concederle un favore, una preferenza la cui giustizia non può essere contestata, e che si verifica in tre modi progressivi ». Il relatore enumera poi questi privilegi nell'ordine seguito dal codice. Questi favori si riannodano dunque al sistema della comunione legale, quale si è formato nei nostri costumi. Finchè dura il regime, il marito è signore e padrone, mentre la moglie resta estranea all'amministrazione degl'interessi comuni, al punto che le è stata perfino contestata la sua qualità d'associata. Dopo lo scioglimento della comunione, la situazione cambia. Il marito deve rispondere dell'esercizio del suo potere assoluto, e sopporta tutte le conseguenze della sua gestione. La moglie, al contrario, può sottrarvisi rinunciando alla comunione. Ma può anche accettarla. Se prende questo partito, la legge la mette ancora al coperto da ogni perdita concedendole il beneficio d'emolumento, ed assicura l'esercizio delle sue riprese garantendole con privilegi.

Il primo è il più naturale. Se i due coniugi hanno dei prelevamenti da fare, la moglie esercita le sue riprese prima di quelle del marito. Può darsi che i beni comuni non bastino per soddisfare i diritti di entrambi i coniugi. Qualunque sia la causa di questa insufficienza, non può essere imputata alla moglie, poichè, di diritto, essa è stata estranea all'amministrazione della comunione. Quand'anche la comunione fosse sufficiente, vi sarà d'ordinario una scelta da fare. La legge vuole che la moglie possa prendere i migliori effetti o quelli che più le convengono. Abbiamo già giustificato la scelta degli immobili (n. 505). Si tratta dei beni di comunione. È il marito che li acquista. Non sarebbe giusto che la moglie fosse obbligata a prendere dei beni da cui non potesse trarre alcun partito. Se i beni della comunione non bastano per il pagamento delle riprese della moglie, essa può esercitarle sui beni personali del marito. Questa preferenza si

spiega colla causa delle riprese. I beni proprii della moglie hanno arricchito la comunione. Il marito che ne approfitta come capo deve amministrare in modo che la moglie ritrovi nella comunione i valori che vi ha conferiti Può darsi che i beni comuni non bastino per soddisfare le riprese della moglie. Ciò suppone una cattiva gestione od una gestione disgraziata, di cui la moglie non può soffrire, poichè vi è stata estranea. Le occorre dunque una garanzia per la ripresa dei beni proprii alienati o impiegati nell'interesse della comunione. Questa garanzia consiste nell'azione che essa ha contro il marito e nell'ipoteca che la legge le accorda per assicurare il pagamento delle riprese (1).

517. La legge accorda questi privilegi alla moglie per tutte le sue riprese. Al primo posto di queste riprese figura il diritto di prelevare i suoi beni personali che sono entrati in comunione (art. 1470, n. 1). Ma si può dire che la moglie ha un privilegio per questo titolo? Abbiamo detto che a torto la legge pone il prelevamento dei beni proprii fra le riprese dei coniugi. Esso è puramente e semplicemente l'esercizio del diritto di proprietà (n. 500). Ora, come proprietaria, la moglie non potrebbe avere alcuna preferenza sul marito, e, infatti non ne ha alcuna. Non si può dire che essa riprenda i suoi beni proprii prima del marito. Che importa se i beni propri esistono e se ogni coniuge può riprendere i suoi? Molto meno ancora può parlarsi d'una scelta (art. 1471), e se la moglie riprende i suoi beni propri, con qual diritto avrebbe regresso contro il marito? I privilegi della moglie confermano quanto abbiamo detto, cioè che la ripresa dei beni proprii non è una ripresa nè un prelevamento (2).

518. La priorità dei prelevamenti non dà luogo ad alcuna difficoltà. Abbiamo già trattato della scelta degli immobili (n. 505 e 508). Resta l'azione che l'art. 1472 dà alla moglie sui beni del marito. Non bisogna confonderla coll'azione di compenso. Questa si esercita sui beni della comunione, e, per deroga ai principii generali, il coniuge si paga di ciò che gli è dovuto in beni comuni ed a sua scelta, quando si tratta della moglie. La azione di regresso, al contrario, che la moglie ha contro il marito, è un'azione ordinaria. Essa è rivolta contro la persona e non si esercita sui beni che quando il debitore non paga. In questo caso, la moglie come ogni altro creditore deve procedere al sequestro. Essa non può appropriarsi i beni del marito e molto meno ancora scegliere gli immobili che le convengono. Si tratta di un'azione ordinaria, mentre l'azione di compenso è soggetta a regole eccezionali (3).

---

(1) Duveyrier, *Relazione*, n. 39 (t. VI, p. 425). Troplong, t. II, p. 37, n. 1626. Colmet de Santerre, t. VI, p. 288, nn. 129 e 130 *bis*.

(2) Marcadé, t. V, p. 623, n. II dell'art. 1472.

(3) Aubry e Rau, t. V, p. 364 § 511 (4.ª ediz.),

519. La moglie deve fare inventario per godere del beneficio degli articoli 1471 e 1472. La questione è controversa, ma la negativa ci pare certa (1). L'interprete non può imporre obblighi nè creare decadenze. Ora, la legge non dice che la moglie deve fare inventario per l'esercizio dei privilegi che le accorda in materia di compenso. Il suo silenzio è decisivo. Si possono dare eccellenti ragioni per la necessità o l'utilità d'un inventario. Come constatare l'insufficienza dei mobili della comunione e del denaro contante quando gli effetti della comunione non sono stati inventariati? E come proverà la moglie l'insufficienza della comunione quando esercita le sue riprese contro il marito? Ma le migliori ragioni non autorizzerebbero il giudice a pronunciare la decadenza della moglie in mancanza d'inventario. La legge ha cura di dire in quali casi la moglie è obbligata a fare inventario e di determinare le conseguenze dell'inosservanza di questa formalità. Il giudice non può fare un'aggiunta alla legge. Altro non è permesso all'interprete se non di consigliare la confezione d'un inventario per prevenire ogni difficoltà di prova. Vi sono sentenze in senso contrario che si appoggiano sull'articolo 1483. Ritorneremo sull'argomento trattando del beneficio d'emolumento.

N. 4. — Il marito ha gli stessi privilegi?

520. Si domanda anzitutto se il marito esercita i suoi prelevamenti in natura e per via d'appropriazione. Secondo il testo dell'art. 1471, bisognerebbe rispondere negativamente. La legge comincia col dire che i prelevamenti della moglie si esercitano prima di quelli del marito. Quindi regola il modo di esercitarli: « *Essi* si esercitano anzitutto sul denaro contante », ecc. La parola *essi* si riferisce ai prelevamenti della moglie, di cui si parla nel primo alinea. Così l'art. 1471 non parla dei prelevamenti del marito, e siccome questa disposizione è eccezionale, non si può estenderla al marito (2).

Tuttavia è generalmente seguita l'opinione contraria (3) e noi l'ammettiamo. La difficoltà letterale cade sul significato della parola *essi*. Grammaticalmente questa parola si riferisce, è vero, ai prelevamenti della moglie. Ma il linguaggio del codice non è sempre conforme alle regole della grammatica. Il legislatore francese non ama le ripetizioni. Invece di dire « i prelevamenti del marito e della moglie », ha preferito servirsi della parola *essi*. Ciò che sembra indicare che la seconda disposizione è generale e si

(1) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. V, p. 364, nota 30. Bisogna aggiungere, nel senso della nostra opinione, Bruxelles, 12 gennaio 1859 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 34).

(2) È il parere di COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 290, n. 132 *bis* I.

(3) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 371, n. 1093.

applica tanto al marito quanto alla moglie si è che l'articolo è diviso in due alinea comprendenti due disposizioni diverse. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. A termini dell'articolo 1470, « ciascuno dei coniugi *preleva sulla massa dei beni* il prezzo dei suoi immobili e delle sue indennità ». Ecco la regola. Essa si applica tanto al marito quanto alla moglie. Viene poi l'art. 1471 il quale regola il modo di fare i prelevamenti. Vi ha una ragione per distinguere, sotto questo rapporto, fra il marito e la moglie? Quanto all'appropriazione dei beni ed all'ordine nel quale esso ha luogo non vi è certo alcuna differenza per principio fra i due coniugi. *Prelevare* significa prendere dei beni in natura. Ora, in ogni comunione vi sono tre specie di beni, numerario, mobili ed immobili. Bisogna necessariamente sapere in quale ordine si faranno i prelevamenti. Tale è lo scopo dell'art. 1471. Lo scopo è generale, e quindi anche la disposizione deve essere generica. Non è a dirsi per questo che non vi sia alcuna differenza fra il marito e la moglie nell'esercizio delle riprese La moglie ha i suoi privilegi, che la legge si prende cura di enumerare. Essa esercita i suoi prelevamenti prima del marito, essa ha la scelta degli immobili, essa ha regresso sui beni del marito. Questi privilegi hanno la loro ragione d'essere, ma non vi è assolutamente alcuna ragione per stabilire una differenza fra il marito e la moglie, quanto all'appropriazione dei beni e quanto all'ordine nel quale essa si fa. Tale è pure l'interpretazione che il relatore del Tribunato dà alla legge come abbiamo detto più sopra (n. 516).

521. Duveyrier pone fra i privilegi della moglie la scelta che la legge le attribuisce degli immobili della comunione. Su questo punto, il testo pare formale: « La scelta degli immobili è lasciata alla moglie ed ai suoi eredi ». Questa scelta è un favore, un privilegio, e quindi non si può estenderla al marito, perchè i privilegi non si estendono. Non vi ha nemmeno perfetta analogia, sotto questo rapporto, fra il marito e la moglie. Quale è la ragione dei privilegi che la legge accorda alla moglie? Il relatore del Tribunato lo dice. Perchè essa è esclusa dall'amministrazione. Non è lei che acquista gli immobili, e quindi non deve essere costretta a prendere quelli che non le convengono. Non si può dire altrettanto del marito. Egli ha acquistato gli immobili secondo le sue convenienze, i suoi bisogni o i suoi gusti. Di che si lagnerebbe se gli si attribuisce indifferentemente uno di questi immobili? A suo riguardo, la scelta non ha alcuna ragion d'essere.

Tuttavia generalmente si segue l'opinione contraria. Essa si appoggia sulla tradizione. Pothier comincia col dire che, quando la massa è formata, la moglie deve prelevare sui migliori effetti della comunione, a sua scelta, la somma alla quale ammontano le sue riprese. Poi soggiunge: « Dopo questo prelevamento fatto dalla moglie, il marito preleva parimenti, a sua scelta, sui migliori effetti che restano della detta massa, la

somma alla quale ammontano le sue riprese ». Così la sola differenza che Pothier stabilisce fra il marito e la moglie è che questa sceglie per la prima, prendendo i migliori effetti della comunione, ma il marito ha la scelta su quello che resta (1). Il codice ha riprodotto la dottrina di Pothier? No, esso dispone che i prelevamenti del marito si esercitano dopo quelli della moglie ma distingue la scelta dal prelevamento. La scelta non è accordata che alla moglie, e quindi non può essere concessa al marito. Invano si direbbe che per tal guisa si argomenta dal silenzio della legge, e che è questa la peggiore delle argomentazioni. Si dimentica che si tratta di un privilegio, e in materia di privilegi, come nelle eccezioni in generale, si ragiona sempre partendo dal silenzio della legge, nel senso che non può esservi preferenza legale senza testo.

522. A termini dell'art. 1472, il marito non può esercitare le sue riprese che sui beni della comunione. Egli non ha azione di regresso sui beni della moglie in caso d'insufficienza dei beni comuni. La ragione è semplice. Se la moglie ha regresso contro il marito, è perchè si suppone che l'insufficienza della comunione sia imputabile al marito. Che se i beni comuni non bastano a soddisfare le riprese del marito, questi non può prevalersi del cattivo stato della comunione, ch'egli solo ha amministrato con un potere assoluto, per renderne responsabile la moglie, poichè la medesima è rimasta legalmente estranea all'amministrazione.

Potrebbe il marito stipulare, nel contratto di matrimonio, che in caso d'insufficienza della comunione avrà regresso sui beni personali della moglie? Fu giudicato che questa clausola singolare è nulla, perchè vizia la comunione nella sua essenza. Ci pare evidente. Si invocava, davanti la Corte di cassazione del Belgio, la libertà di cui godono i coniugi di regolare i loro interessi come credono. L'art. 1387 non fa eccezione a questa libertà che nel caso in cui le convenzioni matrimoniali fossero contrarie ai buoni costumi, o, si può aggiungere, all'ordine pubblico o ad una disposizione proibitiva del codice. Ora, si diceva, l'art. 1472, al quale la clausola litigiosa deroga, è estraneo all'ordine pubblico, e non è concepito in termini proibitivi. La Corte risponde che vi hanno disposizioni le quali sono virtualmente proibitive nel senso che tengono all'essenza della comunione Tale è l'art. 1472. Il relatore del Tribunato dice che è una conseguenza del potere assoluto di cui il marito gode sotto il regime di comunione. Ora, questo potere gli viene accordato

---

(1) POTHIER, *Della comunione*, n. 701. Gli scrittori, salvo COLMET DE SANTERRE, e la giurisprudenza, sono in questo senso (AUBRY e RAU, t. V, p. 361, nota 22, § 511, e DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2424). Bisogna aggiungere la giurisprudenza belga. Liegi, 25 febbraio 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 127), e Rigetto, 29 novembre 1866 (*ibid.*, 1867, 1, 69). Bruxelles, 3 agosto 1847 (*ibid.*, 1847, 2, 193).

come conseguenza della podestà maritale e della subordinazione della moglie. A compensare questo potere assoluto del marito, la legge accorda alla moglie certi privilegi, fra gli altri quelli dell'articolo 1472. La moglie non potrebbe rinunciarvi nel contratto di matrimonio, come non potrebbe rinunciare al suo diritto d'opzione (art. 1453), nè al suo beneficio d'emolumento. Per la stessa ragione, il marito non può stipulare un privilegio che la legge accorda alla moglie contro di lui. Potrebbe egli stipulare che avrà diritto di rinunciare alla comunione? No certo. Per la identica ragione egli non può riservarsi un regresso sui beni personali della moglie quando la comunione non basta a soddisfare le sue riprese. Se lo potesse, si farebbe sopportare alla moglie la responsabilità d'una gestione che le è estranea e si renderebbe il marito irresponsabile delle conseguenze del suo potere assoluto. Se si vuole che la moglie sia responsabile, bisogna darle un egual diritto d'amministrare, il che è in opposizione coll'art. 1389. Se essa è legalmente esclusa dall'amministrazione per un motivo d'ordine pubblico, anche la conseguenza che risulta da questa esclusione sarà d'ordine pubblico. Ciò risolve la questione (1).

523. Abbiamo detto che la moglie non è tenuta a fare inventario per godere dei privilegi che gli articoli 1471 e 1472 le accordano (n. 519). A nostro avviso il marito non ha nessuno di questi privilegi, ma secondo l'opinione generale, che è anche la nostra, il marito ha il diritto di appropriarsi i beni della comunione, specialmente gli immobili, quando i mobili sono insufficienti. Deve egli, sotto pena di decadenza, fare inventario per stabilire l'insufficienza dei mobili? No, per la ragione decisiva che la legge non gl'impone quest'obbligo e non gli commina tale decadenza. Vi ha una sentenza in senso contrario, ma i considerandi attestano contro la decisione. Nel caso concreto, il marito era rimasto in possesso di tutti i beni della comunione senza far constatare, con un inventario, la consistenza dei mobili. Questa negligenza, dice la Corte di Caen, deve avere per conseguenza di far *presumere* ch'egli ha trovato nella comunione valori mobiliari equivalenti alle riprese che aveva da esercitare. La Corte ne conchiude che il marito o i suoi eredi non potevano esercitare le loro riprese sugli immobili. Così la Corte dichiara il marito decaduto da un diritto legale sopra una presunzione immaginata da lei! Ma in tal modo si viene ad eccedere il potere dell'interprete (2). La sentenza è stata cassata per altri motivi. Quello da noi accennato bastava per decidere l'annullamento, poichè la Corte violava l'art. 1350, e subordinava il diritto che l'art. 1471 accorda al marito ad una con-

(1) Cassazione, 1.° dicembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 1, 3), e, su rinvio, 10 marzo 1873 (*ibid.*, 1873, 3, 108). Gand, 29 aprile 1874 (*ibid.*, 1874, 2, 394).
(2) Caen, 17 luglio 1857 (DALLOZ, 1859, 1, 491).

dizione ignorata dalla legge sanzionando quest'obbligo colla pena della decadenza, il che costituisce un eccesso di potere.

N. 5. — Dei diritti della moglie a riguardo dei creditori.

524. La facoltà che l'art. 1471 concede alla moglie di pagarsi sui beni della comunione con un prelevamento prima della divisione, le dà un diritto di preferenza a riguardo del marito per quanto concerne le sue riprese. Il marito è comproprietario dei beni che compongono *la massa*, ma non può esercitare questo diritto che dopo i prelevamenti che la moglie ha il diritto di fare, di modo che il credito della moglie ha preferenza sulla proprietà del marito. Nulla di più giusto che quella preferenza. Le riprese che la moglie è nel caso di esercitare hanno la loro causa nell'impiego dei suoi beni proprii che la comunione ha fatto nel suo interesse. Nei rapporti della comunione coi coniugi, si può dire che le riprese che rappresentano i beni proprii non appartengono alla comunione. Se essa ne è divenuta proprietaria in forza del suo quasi-usufrutto, è alla condizione di restituirli, e quindi bisogna dedurli dalla massa. È solo dopo questa deduzione che la massa divisibile sarà formata e che il marito potrà domandarne la divisione.

525. La moglie gode di questa preferenza anche a riguardo dei terzi creditori? Bisogna anzitutto distinguere i creditori del marito dai creditori della comunione. Quanto ai creditori del marito, è certo che la moglie può opporre loro il suo diritto di preferenza. La ragione è semplice e decisiva. I creditori non hanno altri diritti che quelli del debitore in nome del quale agiscono. Sono i diritti del debitore che essi esercitano. Essi sono soggetti, in questo esercizio, alle stesse restrizioni del debitore medesimo. Ora, il marito non ha alcun diritto sui beni della comunione, se non fatta deduzione dei prelevamenti della moglie. Dunque anche i suoi creditori devono permettere alla moglie d'esercitare le sue riprese prima di poter agire sui beni comuni. La moglie avendo un diritto di preferenza a riguardo del marito, lo ha per la forza delle cose contro i creditori di lui. Abbiamo detto (n. 515) che la moglie può esercitare le sue riprese sugli immobili della comunione, quando il marito ha venduto la sua parte indivisa in questi immobili. Gli acquirenti sono aventi causa del venditore e non hanno altri diritti che quelli del loro autore. Se la moglie può opporre il suo diritto di preferenza ai terzi proprietarii, a maggior ragione può invocarlo contro semplici creditori chirografarii. Su questo punto non vi alcun dubbio, e tutti sono d'accordo (1).

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 362 e nota 27, § 511. Colmet de Santerre, t. VI, p. 291, n. 132 *bis* II.

526. Gli è altrimenti quando la moglie concorre coi creditori della comunione. Il marito, obbligandosi, ha obbligato i beni comuni, e quindi i creditori hanno un diritto diretto sui beni della comunione. La moglie non può opporre loro l'art. 1166, come può opporlo ai creditori personali del marito, perchè i creditori della comunione non agiscono in forza dell'art. 1166, ma in forza d'un diritto che è loro proprio. Nasce allora la questione di sapere se la moglie può invocare contro di essi il diritto di preferenza che l'art. 1470 le dà contro il marito. Fu questa già una celebre questione, sulla quale gli autori si trovavano in disaccordo colla giurisprudenza. La Corte di cassazione ha finito col cedere ripudiando una dottrina che aveva consacrato in ripetute sentenze. Vi è un grande insegnamento in queste rivoluzioni della giurisprudenza, e dobbiamo soffermarvici. Prima di tutto importa precisare la questione. Quando si domanda se la moglie può opporre il suo diritto di preferenza ai creditori, s'intende parlare dei creditori chirografarii. È sottinteso che quelli che hanno un privilegio, od una ipoteca, possono opporlo alla moglie. Essi restano sotto l'impero del diritto comune. Su ciò non vi è mai stato dubbio (1). Bisogna fare una riserva anche per l'ipoteca legale della moglie. Essa può esercitarla per le sue riprese. Diremo, al titolo delle *Ipoteche*, sotto quali condizioni e con quali effetti. La questione che stiamo per discutere è dunque limitata al conflitto della moglie coi creditori chirografarii. L'ipoteca legale della moglie è, d'ordinario, fuori di controversia, perchè la moglie e i creditori agiscono sui mobili della comunione. Questi mobili costituiscono la garanzia dei creditori. Può la moglie domandare contro di essi di prelevare le sue riprese, appropriandosi, fino alla dovuta concorrenza, effetti comuni, prima che i creditori possano esercitare le loro ragioni? Essa ha questo diritto a riguardo del marito, comproprietario dei beni comuni. Lo ha pure a riguardo dei creditori della comunione? Ecco la questione.

527. Fa meraviglia in oggi ch'essa abbia formato oggetto di così lunghe dispute. La Corte di cassazione ha giudicato, a Sezioni riunite, che la moglie non aveva alcun diritto di preferenza a riguardo dei creditori della comunione. Semplice creditrice personale, essa non ha altro diritto che quello dei creditori in generale. Si applica dunque a loro tutti, compresa la moglie, questa disposizione dell'art. 2093 (legge ipot., art. 8): « I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e il prezzo dei medesimi si distribuisce fra loro per contribuzione, a meno che non vi siano fra i creditori cause legittime di preferenza ». La sola difficoltà sta nel sapere se la moglie è per le sue riprese creditrice personale della comunione. Così ha giudicato la Corte di cassazione, a Sezioni riunite, dopo

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 358 e la nota della p. 359, n. 1087.

una discussione di *tre giorni*, fatto forse unico negli annali della giurisprudenza. Si potrebbe credere che la questione debba essere più che dubbia. Ebbene, non ci peritiamo di affermarlo, essa è semplicissima, nè presenta alcun dubbio serio. I testi, i principii e la tradizione sono d'accordo per decidere che le riprese della moglie costituiscono un diritto di credito. Se gli interpreti avessero maggior rispetto per il testo della legge, non vi sarebbe mai stata controversia, o una sola sentenza sarebbe bastata per mettervi fine.

Diciamo che il testo del codice decide la questione. Si tratta delle riprese della moglie. Quando si fa luogo a queste riprese? L'art. 1433 risponde: « Se è stato venduto un immobile appartenente ad uno dei coniugi e il suo prezzo sia stato versato nella comunione, vi ha luogo al prelevamento del prezzo, di cui la comunione ha approfittato, a vantaggio del coniuge che era proprietario dell'immobile venduto ». La moglie ha dunque un diritto al prezzo, diritto che esercita per via di prelevamento. Questo diritto al prezzo è un compenso od una indennità. L'indennità implica una perdita cagionata alla moglie e la riparazione di questa perdita. Ecco la materia d'un diritto di credito. Vi ha un creditore ed un debitore. L'art. 1437 lo dice parlando dei compensi ai quali la comunione ha diritto contro i coniugi. Il coniuge *deve* compenso per il profitto personale che ha ritratto dalla comunione. Questa parola *deve* indica un debito, un debitore ed un creditore. Se il coniuge è debitore, la comunione è creditrice. Ora, i compensi sono identici, siano essi dovuti alla comunione od ai coniugi. Se la comunione è creditrice, anche il coniuge è creditore. L'art. 1479 n. 3 riproduce questa espressione: « Ciascun coniuge *preleva* le indennità che gli sono *dovute* dalla comunione ». Dunque il prelevamento è il modo di pagamento d'un credito. Il coniuge è dunque creditore in forza delle indennità che preleva (1).

Ecco i testi. Essi basterebbero per decidere la questione della natura dei compensi. Ciò che è *dovuto* dalla comunione ai coniugi costituisce un *debito*, e quindi la moglie è creditrice della comunione. I principii conducono alle stesse conseguenze. Quale è la causa dei compensi? L'art. 1433 indica la più usuale indennità che il coniuge reclama contro la comunione. Un bene proprio della moglie è venduto, il prezzo è versato nella comunione. La moglie ha diritto di prelevare questo prezzo sulla massa. Quali sono i rapporti che nascono fra la comunione e il coniuge in forza di questo *versamento?* La comunione ha il godimento dei denari, ma non può goderne senza consumarli. A questo titolo, essa diviene proprietaria, o, come dice l'art. 587, ha il diritto di servirsi dei denari, a condizione di restituirli allo scioglimento. Questa condizione è un obbligo per l'usufruttuario, e quindi un

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 298, n. 115 *bis* I.

diritto di credito per il singolo proprietario. Per analogia, la comunione, tenuta ad una indennità in forza del prezzo di cui s'arricchisce, è debitrice del prezzo a titolo di compenso, e quindi il coniuge ne è creditore.

528. Se il coniuge è creditore, si trova nella stessa condizione di tutti i creditori della comunione, vale a dire che viene a contribuzione con essi. La conseguenza, ammesso il principio, è incontestabile, e il principio non potrebbe essere controverso, perchè è scritto nel testo della legge. La tradizione è in armonia col codice che non ha fatto che riprodurla. Le testimonianze abbondano. Basta al nostro scopo citarne una sola, tolta da un pratico.

La riportiamo a preferenza, perchè non vogliamo consultare l'opinione di un giureconsulto, ma il diritto tradizionale. Si legge in Denisart: « In paese consuetudinario, la moglie non ha alcun privilegio sui mobili ed effetti mobili del marito per la restituzione della dote ed *altre riprese*. È un *credito ordinario,* pel quale essa viene *a contribuzione* cogli *altri creditori*. Vi è, al riguardo, un atto di notorietà dello Châtelet del 10 gennaio 1711 e un altro del 4 marzo 1745 ». Che cosa dicono questi atti i quali costituiscono la prova più certa della tradizione? Essi ripetono che la moglie è una creditrice ordinaria, ch'essa non ha alcun privilegio. Si noti che si era tentato di reclamare una preferenza in suo favore, fondandosi sulla famosa costituzione estorta a Giustiniano dalle sollecitazioni delle donne, ma il tentativo fu sempre respinto dai Parlamenti. I decreti pronunciati contro la moglie risalgono al secolo decimosesto. Consta, dice il secondo atto di notorietà dello Châtelet, che la giurisprudenza è stata talmente costante a questo riguardo, che la questione non si agita più da centocinquant'anni in poi (1). Trattasi adunque d'una tradizione pacifica, d'un diritto certo, sul quale non si questionava più alla pubblicazione del codice civile. Avrebbero forse gli autori del codice derogato ad una tradizione di tre secoli? Durante la solenne discussione che ha avuto luogo davanti le Sezioni riunite, il procuratore generale Dupin portò una sfida, a questo riguardo, e la sfida non è stata accettata, perchè non vi ha ombra di differenza fra i testi ed i principii del diritto consuetudinario e i testi ed i principii del codice civile. La tradizione è dunque decisiva.

Quando la questione si presentò per la prima volta, la Corte di Lione la decise invocando la tradizione. Non occorrevano altri motivi. Può concepirsi che il codice deroghi ad una dottrina secolare, quando riproduce testualmente i principii di cui questa dottrina è la conseguenza e la consacrazione? Per qua-

(1) Vedi le testimonianze in Rodière e Pont, t. II, p. 358, n. 1085, e *Rivista critica*, t. V, p. 408, e t. IX, p. 411.

rantott'anni non sorse alcuna controversia sul carattere delle riprese e sul diritto della moglie. La pratica seguiva la tradizione, e gli scrittori non pensavano nemmeno a mettere in dubbio ciò che pareva, ed era infatti, una verità altrettanto elementare quanto evidente. Siccome il codice, dice Toullier, non dà alcun privilegio alla moglie, essa è ridotta a venire a contribuzione coi creditori. I traduttori dello Zachariae avevano insegnato, nelle prime edizioni, le proposizioni che la Corte di cassazione ha consacrato nella sua ultima sentenza recedendo dalla sua giurisprudenza anteriore. Queste proposizioni, dicono i signori Aubry e Rau, ci pareva che non dovessero dar luogo a serie difficoltà. I signori Rodière e Pont dicono lo stesso. Nella loro prima edizione essi insegnavano che la moglie e i creditori sono nella stessa condizione ed hanno per debitore comune la comunione, senza nemmeno supporre che ciò potesse essere posto in dubbio (1).

529. Ma ecco che la Corte di cassazione rimette in dubbio una dottrina che aveva per sè i testi, i principii ed una tradizione secolare. Era una di quelle opinioni nuove, che talvolta trovano favore nella giurisprudenza e che, se prevalessero, finirebbero col fare un nuovo codice civile. D'ordinario sono gli autori che prendono l'iniziativa di queste innovazioni. La giurisprudenza, più riservata e tradizionale per sua natura, le accoglie raramente. Questa volta la Corte di cassazione diede il cattivo esempio. Le sentenze del 1853 e del 1854 sollevarono una viva opposizione. Per cinque anni apparvero dissertazioni sopra dissertazioni nelle diverse raccolte di diritto. Vi è tutta una letteratura sulla materia (2). La dottrina prevalse. Nel 1858 le Sezioni riunite della Corte di cassazione ripudiarono l'opinione fino allora ammessa dalla Sezione civile. La Corte ha persistito in questa nuova giurisprudenza (3), per modo che la questione, così a lungo discussa, è esaurita. Bisogna però soffermarsi alle cattive ragioni (la parola è di Dupin) che per cinque anni avevano determinato la Corte suprema e, dietro ad essa, le Corti d'appello. Noi diciamo che queste rivoluzioni della giurisprudenza offrono un grave insegnamento. Esse devono apprendere ai nostri giovani lettori a diffidare delle nuove opinioni in una scienza tutta tradizionale, devono apprendere loro sopratutto ad attenersi ai testi, vale a dire alla volontà del legislatore. Non

---

(1) Vedi le citazioni in Rodière e Pont, t. II, p. 357, n. 1086. Cfr. Aubry e Rau, t. V, p. 363, nota 28. La giurisprudenza belga è sempre stata in questo senso. Sentenza del tribunale di Gand, confermata dalla Corte, dell'8 aprile 1834 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 288). Rigetto della Corte di cassazione del Belgio, 17 dicembre 1863 (*ibid.*, 1864, 1, 240).

(2) Vedi le citazioni in Rodière e Pont, t. II, p. 367 e nota 1, n. 1091. Mourlon, t. III, p. 98, nota 1.

(3) Sentenza delle sezioni riunite del 16 gennaio 1858 (Dalloz, 1858, 1, 5). Vedi le sentenze posteriori in Rodière e Pont, t. II, p. 367, nota 2, e in Aubry e Rau, t. V, p. 363, nota 28, § 511.

già che non si debba mai innovare. Se una innovazione diviene necessaria la si proponga, ma spetta al legislatore l'adottarla, I giudici che fanno la legge la fanno sempre molto male. Non è la loro missione, e non ne hanno la libertà e l'indipendenza necessarie. L'abbiamo detto più volte, e ne daremo una nuova prova nella questione delle riprese.

530. Abbiamo detto che la moglie è creditrice, secondo il testo stesso del codice (n. 527). Ora, giusta l'art. 2093, i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e se ne distribuisce fra loro il prezzo per contribuzione, *a meno che non vi siano fra i creditori cause legittime di preferenza.* Queste cause di preferenza non possono risultare che dalla legge, poichè derogano al diritto comune. La questione è dunque questa: Vi ha una legge dalla quale si possa indurre in favore della moglie una causa di preferenza per le sue riprese? Il codice contiene un titolo in cui stabilisce delle cause di preferenza. La moglie vi figura, ma soltanto per la sua ipoteca legale. Ritorneremo su questo punto al titolo che è la sede della materia. L'ipoteca legale colpisce gl'immobili del marito e, secondo l'opinione comune, quelli della comunione. Restano i mobili della comunione. La preferenza sui mobili costituisce un privilegio. La legge accorda un privilegio alla moglie? Il silenzio del codice decide la questione. Nessun privilegio, dice la sentenza del 1858, nè generale, nè speciale, è scritto, a favore della moglie, sui mobili della comunione, negli articoli 210 e seguenti del codice civile. Soggiungeremo che la legge ipotecaria belga non ha fatto che riprodurre, sotto questo rapporto, le disposizioni del codice di Napoleone. Ecco un primo punto che non potrebbe essere contestato. Il silenzio del codice al titolo delle *Ipoteche* è decisivo, perchè è là che si dovrebbe trovare il privilegio della moglie per le sue riprese, se la legge avesse inteso di accordarglielo.

531. Le sentenze del 1853 e del 1854 si limitano a dire risultare dagli articoli 1470, 1471, 1483 e 1493 che *è a titolo di proprietaria* che la moglie, al pari del marito e prima di esso, ha diritto al prelevamento preventivo dei suoi beni proprii allo scioglimento della comunione, e che così l'attivo di questa comunione non si compone che dei beni che restano, fatto il prelevamento delle *riprese.* Segue da ciò, dice la Corte, che la moglie non può esser posta alla stessa stregua dei creditori della comunione e che deve essere soddisfatta integralmente delle sue riprese, prima che i terzi creditori possano far valere i loro diritti sull'attivo della comunione (1).

Si può opporre a questa argomentazione una eccezione d'inammissibilità. La Corte dimentica una regola d'interpretazione che

(1) Cassazione, 15 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 75), 11 aprile 1854 (*idem*, 1854, 1, 152).

è fondamentale, cioè che non si deve far dire al legislatore ciò che non ha inteso di disporre. Occorre una legge per dare alla moglie una preferenza a riguardo degli altri creditori (art. 2093). E dove va a cercare la Corte questa legge? In disposizioni in cui non si parla dei creditori. Gli articoli citati dalla Corte di cassazione si trovano nella Sezione V, che ha per oggetto la divisione della comunione. Gli articoli 1470 e 1471, che sono la vera sede della difficoltà, trattano d'una operazione preliminare della divisione. E che cosa dice l'art. 1470 che inaugura la materia? « Sulla massa dei beni *ciascun coniuge* o il suo *erede* preleva ». Così i prelevamenti si fanno fra i coniugi e i loro eredi. E vero che, per i prelevamenti, la moglie è preferita al marito, poichè i prelevamenti hanno per oggetto di formare la massa divisibile, ed il marito non esercita i suoi diritti che su questa massa, fatta quindi deduzione delle riprese della moglie. Ma ciò avviene tra coniugi, tra condividenti. La divisione, del pari che le operazioni preliminari, sono estranee ai creditori della comunione. Perchè la moglie, pei suoi prelevamenti, è preferita al marito, si dovrà conchiudere che è preferita anche ai creditori della comunione? Rispondiamo che in tal modo si attribuisce al legislatore ciò che non ha inteso di sancire. Infatti, non è detta una parola dei creditori della comunione negli articoli che concernono i prelevamenti, non vi si parla che dei coniugi. Se, fra coniugi, la legge dà una preferenza al creditore delle riprese sul coniuge comproprietario dei beni comuni, può questa preferenza essere estesa ai creditori che la legge non menziona? Possono estendersi cause legali di preferenza? Eppure è quanto la giurisprudenza ha fatto per cinque anni. Essa ha commesso un eccesso di potere creando una causa di preferenza che la legge ignora. Se fosse permesso procedere così, si troverebbero sempre delle *cause legittime di preferenza* (art. 2092). Ogni interprete ne creerebbe a suo modo, ma ogni interprete si arrogherebbe anche in legislatore.

532. Si dirà che la legge non aveva bisogno di menzionare i creditori della comunione trattando dei prelevamenti. Se è vero che i prelevamenti si esercitano a titolo di proprietà, ne segue che la moglie può esercitarli contro tutti, perchè tale è il carattere del diritto di proprietà, diritto assoluto che non bisogna confondere con un semplice privilegio. Dobbiamo dunque vedere se la moglie esercita le sue riprese come proprietaria. Il testo risponde alla questione. Vi è una ripresa la quale non costituisce se non l'esercizio del diritto di proprietà. A termini dell'art. 1470, n. 1, ogni coniuge preleva i suoi beni personali *che non sono entrati in comunione*, se esistono in natura, o quelli che sono stati acquistati in reimpiego. I prelevamenti del n. 1, dice la sentenza del 1858, si esercitano a titolo di proprietà e costituiscono una vera rivendicazione. Se ne vuole la prova? Essa è scritta nella legge. Infatti, secondo l'art. 1402, il coniuge non può prelevare o riprendere i suoi beni proprii che a condizione di giu-

stificare ch'egli aveva la proprietà o il possesso legale di questi beni anteriormente al matrimonio, o che gli sono stati devoluti dopo a titolo di successione o di donazione. Dunque il coniuge che preleva i suoi beni personali è un proprietario che rivendica ciò che gli appartiene. Questo diritto assoluto egli può opporlo a tutti, per una ragione semplicissima. I creditori della comunione non hanno diritto di essere garantiti che sui beni della comunione. Ora, i beni proprii dei coniugi, l'art. 1470 lo ripete, non sono entrati in comunione, e quindi i creditori non vi hanno alcun diritto.

È ancora a titolo di proprietario che il coniuge esercita le riprese propriamente dette? Perchè importa ricordare che il prelevamento dei beni proprii non è un vero prelevamento, e non costituisce una vera ripresa. L'abbiamo già detto (n. 500), e non vi è in proposito alcuna contestazione. Non si deve dunque dire che, se le riprese del n. 1 si fanno a titolo di proprietà, accada lo stesso di tutte le riprese, in quanto la legge le equipari. Sarebbe un pessimo ragionamento. La ripresa dei beni proprii è una rivendicazione, così dichiara la legge (art. 1402). Le altre riprese non sono una rivendicazione. L'abbiamo già provato, stabilendo che la moglie le esercita come creditrice. Completeremo la nostra dimostrazione stabilendo ch'essa non può esercitare le sue riprese a titolo di proprietà. Si tratta del prelevamento che la moglie fa del prezzo dei suoi beni proprii alienati e delle altre indennità che le sono dovute dalla comunione, quando questa si è arricchita a spese dei beni proprii della moglie. È questo l'esercizio del diritto di proprietà? La sentenza del 1858 risponde che la moglie fa questi prelevamenti come creditrice. Infatti, l'azione ha allora per causa la diminuzione del patrimonio di uno dei coniugi ed un profitto correlativo fatto dalla comunione. Ora, questa causa non produce un diritto di proprietà sopra determinati oggetti. Ne risulta, non un'azione di rivendicazione, ma un credito ed un'azione mobiliare. Decidendo il contrario la giurisprudenza confondeva le nozioni semplici, cioè la differenza che intercede fra i diritti reali ed i diritti di credito. Che cosa è che caratterizza i diritti reali, e specialmente la proprietà che li comprende tutti? Il diritto reale suppone, come dice la sentenza del 1858, un oggetto determinato sul quale esso si eserciti. Si comprende forse il potere di disporre nella maniera più assoluta d'una cosa, quando questa cosa è indeterminata? È una contraddizione in termini. La giurisprudenza cadeva in questa stessa contraddizione decidendo che la moglie come pure il marito esercitavano le loro riprese a titolo di proprietà. Prendiamo il caso più comune. È venduto un bene proprio della moglie. Il suo prezzo viene versato nella comunione. La moglie ha un compenso per questo titolo. Quale è l'oggetto del suo diritto? Forse le specie versate nella comunione? No, perchè essa non le riprende in natura. Che cosa riprende? Un valore. Ma si rivendica un valore? Rivendica forse

il creditore che agisce contro il suo debitore? La moglie che è creditrice non rivendica più che non faccia ogni altro creditore. Invano si dice che, a differenza degli altri creditori, la moglie si appropria gli effetti della comunione a sua scelta. È questa una rivendicazione? No. Chi rivendica *è* proprietario, mentre la moglie lo *diviene* soltanto dopo che ha esercitato i suoi prelevamenti, come ogni creditore *diviene proprietario* pel fatto del *pagamento*. Essere pagati non vuol dire rivendicare.

Fu sostenuto che il diritto di proprietà della moglie la quale esercita le sue riprese risulti dagli articoli 1470 e 1471. Questi articoli dicono che ogni coniuge *preleva* le sue riprese sulla massa. Ma un creditore *preleva* ciò che il suo debitore gli deve? I coniugi che prelevano hanno la *scelta dei beni*. Ma può un creditore, a sua scelta, prendere, fra i beni del suo debitore, quelli che meglio gli convengono? Dunque il coniuge non è creditore. Rimane a dimostrare ch'egli agisce come proprietario. Per provarlo si ricorre a finzioni. Il coniuge ha diritto ad un'indennità in quanto i suoi beni proprii furono versati nella comunione. Non esistendo più i beni proprii in natura, la legge, si dice, vi surroga i beni della comunione. Altri affermano che i beni della comunione servivano di reimpiego al coniuge, che ha diritto ad un compenso. Vi sia *surrogazione* o *reimpiego*, il coniuge esercita sempre i suoi diritti sugli effetti mobili od immobili della comunione. Egli agisce per via d'*appropriazione*, e quindi a titolo di *proprietario*. Dupin, che prese la parola sulla questione, come procuratore generale, ride di questa trasmutazione d'un diritto di credito in un diritto di proprietà, specie di metempsicosi giuridica che trasforma un quadrato in un circolo. Quelli che hanno immaginato questo portento hanno dimenticato che la surrogazione è una finzione, e che al solo legislatore si appartiene di creare finzioni. Hanno dimenticato che il reimpiego suppone che un immobile prenda il posto d'un bene proprio sotto le condizioni determinate dalla legge. La legge ignora i reimpieghi taciti, come pure la surrogazione tacita. Lo stesso articolo che parla delle riprese dispone non potersi riprendere il prezzo dei beni proprii alienati che quando non ne è stato fatto reimpiego, e quindi la ripresa non è un reimpiego. Il testo ed i principii respingono dunque queste supposizioni affatto gratuite. Una sola cosa risulta dagli articoli che si invocano ed è che le riprese sono crediti di natura particolare. Essi sono soggetti a regole eccezionali. Già ne abbiamo detto la ragione. Ma dalla circostanza che si possono prelevare sulla massa non è a conchiudere che il coniuge sia proprietario degli oggetti che preleva per effetto d'una surrogazione o d'un reimpiego egualmente immaginario.

533. Davanti le Sezioni riunite della Corte di cassazione non si insistette troppo sul preteso diritto di proprietà del coniuge che esercita una ripresa. L'argomento era stato minato dalle censure della dottrina. Il ricorso parlava d'un diritto d'*esclusione*

a riguardo dei creditori, a vantaggio della moglie, pei suoi prelevamenti sui beni della comunione. Ecco una nuova prova che tutta questa teoria delle riprese della moglie era extra-legale. Ad ogni passo i suoi difensori erano obbligati ad immaginare preferenze che la legge ignora, ora a titolo di *privilegio*, ora a titolo di *proprietà*, ora per *diritto d'esclusione*. Che importa la parola? Il risultato è sempre lo stesso, e la legge respinge la sostanza delle idee come le diverse forme che le si danno. Con qual diritto si *escluderebbero* i creditori della comunione dai beni che le appartengono? Forse perchè la moglie ha il diritto di prelevarli? La sentenza del 1858 risponde, come già abbiamo fatto noi, che gli articoli 1470 e 1471 non s'occupano che della divisione dell'attivo fra i coniugi e regolano unicamente i loro diritti rispettivi. Derogano essi in qualche cosa ai diritti dei creditori? No, perchè non si tratta dei creditori, ed è sottinteso che i creditori conservano la loro garanzia sui beni del debitore.

Il ricorso invocava anche l'art. 1483 per indurne un diritto d'*esclusione* o di *preferenza*. Questo articolo dà alla moglie il beneficio d'emolumento, una specie di beneficio d'inventario ch'essa può opporre al marito per tutti i debiti ed ai creditori per quelli a cui non è tenuta come debitrice personale. Le riprese non fanno parte dell'emolumento fino a concorrenza del quale la moglie è tenuta. Ora, si dice, se si permette ai creditori di concorrere colla moglie sui beni della comunione, quando la moglie esercita le sue riprese, essa sarà obbligata di venire a contribuzione con essi, non sarà dunque pagata integralmente, e, per conseguenza, sopporterà i debiti oltre il suo emolumento, poichè li sopporta sulle sue riprese. La Corte di cassazione risponde che l'esercizio delle riprese è un credito, e quindi un diritto della moglie sull'attivo della comunione, mentre l'articolo 1483 regola unicamente le obbligazioni della moglie quanto al passivo, accordandole, quando accetta, una specie di beneficio d'inventario. Non vi ha dunque nulla di comune fra le riprese e il beneficio d'emolumento, per modo che la prima giurisprudenza della Corte di cassazione, invocando l'art. 1483, faceva ancora una volta decidere al legislatore una questione che esso non intendeva risolvere. È questa la più viziosa delle argomentazioni, benchè sia la più usuale, quella di voler introdurre nuove opinioni nel codice, ponendole sotto l'autorità del legislatore.

534. Crediamo inutile continuare questa discussione già troppo lunga (1). Una sola parola sulla parte da legislatore che la Corte di cassazione aveva preso nelle sue prime sentenze. È certo che se la sentenza del 1858 è fondata sui testi, sui principii e sulla tradizione, la prima giurisprudenza costituisce una violazione della

(1) Vedi l'eccellente confutazione che COLMET DE SANTERRE ha fatto dell'antica giurisprudenza (t. VI, p. 292, n. 132 *bis* III e seg.).

legge ed un eccesso di potere. La Corte dunque ha fatto la legge, dando alla moglie un diritto di preferenza contro i creditori della comunione. Questo nuovo codice civile era meglio dell'antico? Si può arditamente affermare che no. È, al contrario, sotto la pressione dell'opinione pubblica e per rassicurare gli interessi allarmati che la Corte si è data una solenne smentita rifiutando alla moglie il diritto di preferenza che la giurisprudenza le aveva riconosciuto quasi unanimemente. Senza dubbio i diritti della moglie sono degni del favore del legislatore, e questi ne ha tenuto conto accordandole un'ipoteca legale. Ma gl'interessi dei creditori meritano ancora maggior tutela perchè l'interesse dei terzi è l'interesse generale. Vi sono creditori i quali contrattano col marito sulla fede della sua ricchezza mobiliare. Ora, la moglie aumenta il credito del marito consentendo all'alienazione dei suoi beni proprii e versandone il prezzo nella comunione. Essa spinge così i terzi a trattare col marito E verrà poi ad opporre a questi stessi creditori il suo diritto di ripresa, ossia riprenderà essa, sotto forma di prelevamento, i beni che hanno contribuito ad assicurare i creditori? Dupin ha detto che il diritto di ripresa così inteso sarebbe un diritto di sorpresa. È un tratto di spirito, ma anche una frase assai giusta (1).

N. 6. — Natura del diritto di ripresa.

I. — È un diritto mobiliare?

535. Quale è la natura del diritto di ripresa? È un diritto mobiliare? O è un diritto immobiliare quando il prelevamento s'esercita sopra immobili? Ci pare che, secondo l'opinione consacrata dall'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione, la risposta non potrebbe essere dubbia. Essa è fondata sul principio che la moglie non ha che un diritto di credito. Ora, tutti i diritti di credito sono mobiliari, perchè tendono a mettere nelle mani del creditore una somma di denaro, vale a dire una cosa mobile. Si può dunque applicare alle riprese questa vecchia definizione: *Jus est mobile quod tendit ad mobile.* Tuttavia la questione è controversa. Constatiamo anzitutto quale sia l'interesse pratico della questione, se si applicano alle riprese i principii che regolano i diritti mobiliari. La vedova che ha un diritto di ripresa in una prima comunione, si rimarita sotto il regime della comunione legale. Il suo diritto di ripresa entrerà nell'attivo della comunione? Sì, poichè è un diritto mobiliare. Se dunque la prima comunione si liquida e la moglie preleva le sue riprese in immobili, questi immobili entreranno in comunione,

(1) Requisitoria di DUPIN (DALLOZ, 1858, 1, 17). COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 297, n. 132 *bis* XIII.

perchè la moglie li riceve a titolo di ripresa, vale a dire di diritto mobiliare. Così pure se la moglie o il marito fanno un legato universale dei loro mobili, il legatario avrà diritto alle riprese, quand'anche, alla liquidazione della comunione, le riprese si esercitassero con un prelevamento sugli immobili. Non vi è che una restrizione a fare a questa decisione. La volontà delle parti contraenti forma la loro legge, e anche l'intenzione del testatore fa legge per l'interpretazione delle sue disposizioni. Bisogna dunque innanzi tutto vedere ciò che vuole il disponente e ciò che vogliono le parti (1). È il diritto comune.

536. Secondo l'opinione che ha regnato per cinque anni nella giurisprudenza intorno alle riprese della moglie, la natura di queste dipendeva dal prelevamento. Ritenendo che la moglie le esercitasse a titolo di proprietaria, il suo diritto era considerato come mobiliare quando prelevava mobili, e come immobiliare quando prelevava immobili. Una sentenza pronunciata dalla Sezione delle richieste, sotto l'impero della nuova giurisprudenza, respinge in termini vivissimi questa dottrina che è, infatti, assai strana. Essa è contraria a tutti i principii di diritto, dice la Corte, e si fonda su una questione che non resiste all'esame. Vi sono nella moglie maritata due persone distinte che hanno diritti di natura affatto diversa. Quale moglie in comunione di beni, essa ha sulla comunione un diritto di comproprietà che conduce ad una azione di divisione quando accetta la comunione. Quale creditrice della comunione ha contro di essa un'azione all'effetto di farsi pagare l'importo delle sue riprese di cui la moglie è debitrice. E di che cosa è debitrice la comunione? Dei valori che vi sono stati versati per l'alienazione dei beni proprii della moglie. Essa riceve valori, e deve restituirli. Il suo debito è dunque mobiliare, e quindi il diritto del coniuge è mobiliare. Si obbietta che la moglie esercita le sue riprese per via di prelevamenti sui beni della comunione. Questo prelevamento muta forse la natura del diritto di ripresa? La ripresa non consiste nel prelevamento. Questo prelevamento è un modo d'esercitare la ripresa, vale a dire un modo di pagamento. Ma il modo di pagare il debito ne determina forse la natura? No, certo. Dunque la natura della ripresa resta la stessa, prelevi il coniuge creditore immobili o mobili. Mobiliare nel suo principio, essa resta mobiliare, in qualunque modo si eserciti (2).

537. Si resta stupiti al vedere l'antica dottrina sopravvivere alla nuova giurisprudenza inaugurata nel 1858 dalle Sezioni riunite. Rodière e Pont chiamano evidentemente erronea la decisione della Camera delle richieste che abbiamo analizzata (3).

---

(1) Aubry e Rau, t. V, p. 358, § 511, e le sentenze citate più sotto.

(2) Rigetto, 2 giugno 1862, sulla relazione di Renault d'Ubexi (Dalloz, 1862 1, 420).

(3) Rodière e Pont, t. II, p. 348, n. 1082 e t. I, p. 302, n. 383 e seg. Cfr. Mourlon, t. III, p. 100, nota. In senso contrario, Aubry e Rau, t. V, p. 357 e nota 13, § 511.

In che consisterebbe questo preteso errore? Si invoca il principio della retroattività della divisione, e lo si applica al prelevamento. Ci pare che, se errore vi è, sta dalla parte di coloro che parlano della retroattività della divisione, quando la divisione non esiste ancora. Infatti, i prelevamenti sono un'operazione preliminare della divisione. È quello che dice l'art. 1474: « Dopo che sono stati eseguiti sulla massa i prelevamenti dei due coniugi, il resto si divide per metà fra i coniugi e coloro che li rappresentano ». Se la divisione non si fa che dopo i prelevamenti, non si può dire che il prelevamento sia una divisione dell'attivo. Ciò che prova ancora che le riprese dei coniugi non hanno nulla di comune colla divisione dell'attivo, è che la moglie ha diritto alle sue riprese anche quando rinuncia (art. 1493), e l'art. 1495 dice che la moglie rinunciante può esercitare le sue riprese tanto sui beni della comunione quanto sui beni personali del marito. È vero che la questione se la moglie che rinuncia ha gli stessi privilegi della moglie che accetta è controversa. Ma poco importa. Ciò che non può essere contestato, poichè la legge lo dice, è che la moglie rinunciante ha le stesse riprese della moglie accettante. Il diritto di ripresa è identico in entrambe le ipotesi. Se è mobiliare quando la moglie rinuncia, come sarebbe immobiliare quando la moglie accetta? Quanto alla retroattività della divisione, bisogna escluderla. Noi la scartiamo perchè non può parlarsi di far retroagire una divisione che non esiste. E non si può estendere alle operazioni preliminari della divisione un principio che la legge stabilisce soltanto per la divisione. Vi ha di ciò una ragione decisiva, che cioè la retroattività della divisione è una finzione, e le finzioni non si estendono. Ora, la dottrina che noi combattiamo stabilisce una nuova finzione, la retroattività delle operazioni preliminari della divisione. Gli interpreti non hanno questo diritto, quand'anche avessero le migliori ragioni per far retroagire i prelevamenti. Crediamo inutile insistere, avendo i principii una certezza assoluta. La giurisprudenza delle Corti del Belgio è in questo senso (1). Le Corti di Francia sono divise (2).

538. È sottinteso che questi principii sono applicabili al caso in cui la moglie rinunciante eserciti le sue riprese. Poco importe che si accordino o si rifiutino alla moglie rinunciante i privilegi della moglie che accetta. Ciò riguarda l'esercizio del diritto, il modo di pagamento e la natura del diritto dipende dal suo oggetto, non dal modo con cui è esercitato.

---

(1) Cassazione, 18 giugno 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 319). Liegi, 19 gennaio 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 140). Bruxelles, 7 marzo 1857, 12 gennaio 1859, 16 novembre 1865, 18 luglio 1866 (*ibid.*, 1857, 2, 14; 1864, 2, 34; 1866, 2, 174; 1867, 2, 259).

(2) Metz, 10 aprile 1862 (Dalloz, 1862, 2, 141). In senso contrario, la precitata sentenza (p. 421, nota 2) della Corte di cassazione.

Per la stessa ragione, il principio si applica ad ogni sorta di riprese dovute dalla comunione, tanto per le indennità di cui al n. 3 dell'art. 1271, quanto per il prezzo degli immobili, caso previsto dal n. 2. Il principio è sempre lo stesso. Solo che, ponendosi dal punto di vista delle obbiezioni che si fanno alla nostra opinione, si può dire che vi ha argomento *a fortiori* nel caso contemplato dal n. 3. Così quando la moglie s'obbliga solidariamente col marito nell'interesse della comunione, essa ha diritto ad una indennità. Come sostenere, in questo caso, che il credito della moglie è immobiliare? Essa domanda di essere indennizzata d'una obbligazione. Essa deve una somma di denaro, ed ha diritto, a titolo d'indennità, ad una somma di denaro. Tutto è mobile in questo fatto giuridico. Che importa, dopo ciò, come si regoli il pagamento?

II. — I prelevamenti sono una dazione in pagamento?

539. Si è sovente paragonato il prelevamento ad una dazione in pagamento. Vi ha, infatti, un'apparente analogia. Il coniuge, creditore del compenso, ha diritto ad una somma di denaro. È quello che noi abbiamo stabilito per provare che il suo diritto è mobiliare. In pagamento di questa somma di denaro egli preleva mobili o immobili. Ecco, apparentemente, una dazione in pagamento. Tuttavia la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel decidere, che non vi ha una vera dazione in pagamento. A termini dell'art. 1243, il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, e ben s'intende che non può domandare se non ciò che gli è dovuto. Se dunque il creditore d'una somma di denaro riceve in pagamento una cosa mobile od immobile, ciò avviene per concorso di consenso, vale a dire per una nuova convenzione, che equivale ad una vendita, nel senso, almeno, che è traslativa di proprietà. È così che le cose avvengono in caso di prelevamento? No, qui è una massa la debitrice. Questa massa non è una persona civile, essa non è più nemmeno rappresentata dal marito, poichè la comunione è sciolta. I due coniugi o i loro eredi liquidano: quello che è debitore conferisce alla massa ciò che deve, quello che è creditore preleva ciò che gli è dovuto, e fa questo prelevamento in effetti della comunione. È un diritto per lui; egli l'esercita senza il concorso del consenso dell'altro coniuge o dei suoi eredi. È la legge che regola così il modo di pagamento dei compensi. Vi ha un'altra differenza più importante fra la dazione in pagamento e il prelevamento. Il debitore che, col consenso del creditore, gli dà in pagamento un mobile od immobile, dà una cosa che gli appartiene allo scopo di trasferirne la proprietà. Anche la dazione in pagamento è essenzialmente traslativa di proprietà. Non accade lo stesso quando il coniuge, creditore d'una indennità, preleva ciò che gli è dovuto in

effetti della comunione. La massa sulla quale fa il prelevamento è una massa indivisa, di cui è comproprietario. Prelevando un effetto della comunione, egli prende in pagamento di ciò che gli è dovuto una cosa di cui è comproprietario per indiviso. Non può trattarsi di trasferire la proprietà a chi è già proprietario. Il prelevamento non opera dunque una traslazione di proprietà, ma è una liquidazione di crediti e di debiti che si fa, in base a regole particolari, il che evita le lentezze e le spese d'una vendita alla quale, in mancanza di prelevamento in natura, le parti interessate avrebbero dovuto procedere (1).

540. Dal principio che il prelevamento non è un atto traslativo di proprietà seguono importantissime conseguenze. Quando il debitore dà un immobile in pagamento di ciò che deve, si opera una traslazione di proprietà immobiliare. Per conseguenza l'atto che constata la dazione in pagamento deve essere trascritto, secondo le leggi che, nel Belgio e in Francia, esigono la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari (2). Avviene lo stesso del prelevamento che si fa in immobili? La questione è controversa. Vi ritorneremo al titolo delle *Ipoteche*. Se si ammettono i principii che abbiamo esposti, bisogna dire che la trascrizione non è richiesta. È certo che il prelevamento non deve essere reso pubblico come operante trasmissione della proprietà, poichè non è traslativo di proprietà. La Corte di cassazione di Francia ha giudicato così. Essa ha deciso che il prelevamento non costituisce nè una divisione propriamente detta, nè una dazione in pagamento. Però la Corte soggiunge che è un'operazione dichiarativa di proprietà. Qui nasce un dubbio, perchè, secondo la nostra legge ipotecaria, anche gli atti dichiarativi di proprietà sono soggetti alla trascrizione. Differiamo per ora l'esame della questione.

La Corte di cassazione trae dal principio che consacra una conseguenza molto logica. Si supponga che l'immobile prelevato dal coniuge sia gravato d'un privilegio o d'una ipoteca non inscritti. Può ancora il creditore prendere iscrizione dopo il prelevamento? Se si ammette che il prelevamento non deve essere trascritto, l'inscrizione può sempre essere fatta utilmente, poichè non vi ha alcun cambiamento nella condizione delle parti interessate. Il creditore privilegiato o ipotecario conserva il diritto di prendere iscrizione finchè non sia stato trascritto un atto traslativo di proprietà (3).

541. È stato giudicato che i prelevamenti esercitati dalla moglie accettante non sono soggetti al diritto di trapasso. Diremo

---

(1) AUBRY e RAU, t. V, p. 365, nota 31, § 511, e le autorità che citano. Cfr. le sentenze citate più avanti (nn. 540 e 541).

(2) Legge ipotecaria belga, art. 1.°. Legge francese del 23 marzo 1855, art. 1.°, § I.

(3) Rigetto, sezione civile, 20 luglio 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 497). AUBRY e RAU t. V, nota 49, § 209.

più avanti come avvenga altrimenti delle riprese della moglie rinunciante. La sentenza della Corte di cassazione stabilisce nettamente il carattere del prelevamento. La moglie, dice la Corte, che esercita le sue riprese sui beni della comunione, agisce nella duplice qualità di creditrice e di moglie in comunione. Essa si paga su beni sui quali non può, senza dubbio, reclamare un diritto di preferenza a riguardo degli altri creditori della comunione, ma di cui non è meno comproprietaria per indiviso col marito o i suoi eredi. Il prelevamento ch'essa esercita è, dal punto di vista dei diritti di registro, una delle operazioni della divisione, colla quale si confonde (1). Sarebbe così anche quando la moglie, le cui riprese eccedono il valore degli effetti che compongono la massa, abbandonasse la comunione agli eredi del marito, coll'obbligo in questi di pagare le sue riprese. Poco importa, dice la Corte, come si facciano i prelevamenti, vale a dire, come si esercitino le riprese. Il credito della ripresa resta sempre lo stesso, sia che il prelevamento si faccia prendendo certi valori dalla massa, sia che si effettui col pagamento di una somma di denaro. Non è, nell'una e nell'altra ipotesi, che un regolamento fra coniugi ed un'operazione di liquidazione destinata a determinare la consistenza della comunione e non implicante alcuna trasmissione di proprietà. Nel caso concreto vi era, in apparenza, trasmissione di proprietà, poichè la moglie abbandonava agli eredi del marito i suoi diritti sulla comunione. La Corte di cassazione risponde che la moglie non può trasmettere una proprietà che non ha. La massa indivisa, appartiene, per vero, ai due coniugi, ma essi non possono dividerla, se non dopo che sono stati fatti i prelevamenti. Dunque sono i beni, deduzion fatta dei prelevamenti, che costituiscono la *massa* divisibile, e che formano la proprietà indivisa dei comunisti. Quando i prelevamenti assorbono ed eccedono i beni della comunione, non resta nulla per la massa divisibile. La moglie non cede dunque nulla di questa massa agli eredi, e quindi l'abbandono ch'essa fa loro non opera alcuna trasmissione di proprietà. La moglie, dice la Corte, non si spoglia, a profitto degli eredi del marito, d'un diritto di proprietà che non aveva. Essa cede loro i suoi diritti sui beni della comunione, che poteva prendere tutti a titolo di prelevamento, e quindi senza trasferimento di proprietà (2). Su quest'ultimo punto ci rimane qualche dubbio. La moglie ha il diritto di prendere tutta la comunione a titolo di prelevamento senza che vi sia trasmissione di proprietà. Questo è certo. Ma quando la moglie abbandona tutta la comunione agli eredi del marito, non preleva, cede i suoi diritti sull'attivo, ed è in forza di questa cessione che gli eredi del marito diventano proprie-

(1) Cassazione, 3 agosto 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 310).
(2) Cassazione, 13 dicembre 1864 (DALLOZ, 1865, 1, 17)

tari. Senza la cessione, essi non avrebbero avuto alcun diritto sui beni che la moglie ha loro abbandonati. Se essi non diventano proprietari che mediante la cessione non se ne deve conchiudere che l'abbandono costituisca una traslazione di proprietà?

542. In caso d'insufficienza dei beni comuni, la moglie può agire contro il marito (art. 1472). Se il marito o i suoi eredi le danno in pagamento delle sue riprese mobili od immobili, vi ha dazione in pagamento propriamente detta e quindi traslazione di proprietà, con tutte le conseguenze che ne risultano, necessità della trascrizione e pagamento dei diritti di trapasso. Questo principio è ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza e non potrebbe essere contestato. La moglie che agisce contro il marito è una creditrice ordinaria; essa non esercita il suo diritto per via di prelevamento sui beni del marito, perchè non ha alcun diritto su questi beni, all'infuori del diritto di garanzia che spetta ad ogni creditore. È vero che l'art. 1472 dice che la moglie esercita le sue riprese *sui beni personali del marito* ma la legge si esprime così in opposizione ai *beni della comunione* che si trovano insufficienti. Essa non ha potuto dare alla moglie un diritto di prelevamento su beni che non fanno parte della comunione. La moglie deve, per conseguenza, procedere col sequestro come fanno tutti i creditori (1).

§ III. — *Dei crediti dell'uno dei coniugi contro l'altro.*

543. L'art. 1478 dispone: « Consumata la divisione, se l'uno dei due coniugi è creditore personale dell'altro, esercita il suo credito sulla parte devoluta al medesimo nella comunione o sui di lui beni personali ». Questi crediti si chiamano ordinariamente compensi fra coniugi. La legge non si serve di questa espressione. I crediti che i coniugi hanno da esercitare l'uno contro l'altro sono dall'art. 1479 chiamati crediti personali. Questi crediti differiscono infatti dai compensi. Questi ultimi sono soggetti a regole speciali che non s'applicano ai crediti fra coniugi. È quindi meglio attenersi alla terminologia del codice.

544. Quando uno dei coniugi è creditore personale dell'altro? L'art. 1478 dà un esempio: « Come nel caso in cui il prezzo del suo bene sia stato impiegato nel pagare un debito personale dell'altro coniuge ». Poi la legge soggiunge: « O per ogni altra causa ». L'esempio è tolto da Pothier. Bisogna farvi una restrizione. Se il prezzo proveniente dalla vendita d'un bene proprio è versato nella comunione, questa dovrà un compenso al coniuge proprietario dell'immobile alienato (art. 1433), e se i de-

(1) Cassazione, 3 agosto 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 310). MOURLON, t. III, p. 96, n. 226.

nari servono poi a pagare un debito personale all'altro coniuge, questi dovrà un'indennità alla comunione. Si farà luogo, in tal caso, ad un duplice compenso, senza che il coniuge proprietario del fondo divenga creditore personale dell'altro coniuge. Perchè il coniuge che vende un bene proprio, affine di pagare il debito dell'altro coniuge, divenga creditore personale di questo, bisogna che il prezzo sia rimesso direttamente al creditore o che gli sia stato delegato. Sarebbe lo stesso se l'immobile fosse dato in pagamento del debito. In tutti questi casi, non essendo il prezzo versato nella comunione nè impiegato da essa non vi ha luogo a compenso. Il coniuge il cui bene proprio ha servito a pagare un debito dell'altro coniuge diviene creditore personale di questo. La distinzione è importante. Ne risulta che non si applicano al coniuge creditore le regole speciali che governano i compensi. Ritorneremo su questo punto. Dobbiamo vedere ancora quali sono le altre cause in forza delle quali, secondo l'articolo 1478, uno dei coniugi può divenire debitore dell'altro. Gli scrittori le enumerano. Esse sono rare ed appartengono alla teoria più che alla pratica.

Il contratto di vendita può aver luogo fra coniugi nei tre casi previsti dall'art. 1595. È piuttosto una dazione in pagamento. Se il coniuge deve diecimila lire, e dà in pagamento un immobile che ne vale quindicimila, è creditore di cinquemila lire, debito personale fra coniugi.

L'art. 1438 prevede il caso di una dote costituita congiuntamente dal padre e dalla madre, e decide che si ritiene aver essi dotato ciascuno per metà. Se la dote è pagata in beni personali dell'uno dei coniugi, questi ha sui beni dell'altro una azione d'indennità per la metà della dote. È ancora un credito personale. La legge dice, è vero, che il coniuge ha un'azione *sui beni dell'altro*, ma è per indicare che il pagamento di questo debito non si domanda sui beni della comunione. Non è un compenso, ma un debito fra coniugi.

Il marito garantisce la vendita che la moglie ha fatto di un bene proprio. Egli è citato dal compratore ed obbligato a pagare i danni ed interessi risultanti dall'evizione. L'art. 1432 dice ch'egli avrà regresso contro la moglie sia sulla di lei parte nella comunione, sia sui suoi beni personali. Dicendo che il marito ha un'azione sulla quota spettante alla moglie nella comunione, la legge suppone che la comunione sia sciolta. È a dirsi per questo che il marito possa agire soltanto allo scioglimento della comunione? Ritorneremo sulla questione. Essa si presenta per tutti i crediti che i coniugi hanno l'uno contro l'altro.

Le donazioni che uno dei coniugi fa all'altro costituiscono ancora il donante debitore personale a riguardo del donatario. A termini dell'art. 1480, queste donazioni non si eseguiscono che sulla parte del donante nella comunione e sui suoi beni personali. Sono i termini dell'art. 1432. Non si vede a primo aspetto per qual motivo la legge lo dica, giacchè tale è il diritto comune. La ragione

sta in ciò, che si sarebbe potuto credere che le donazioni dovessero eseguirsi sulla comunione. In questo caso, la donazione non sarebbe una liberalità che a mezzo, poichè il donatario ha diritto all'altra metà come coniuge in comunione. Il legislatore suppone, ed è naturale, che chi dichiara di donare diecimila lire al suo coniuge voglia donargli la somma intiera e non la metà. Però nulla impedirebbe che uno dei coniugi facesse una donazione con la clausola, che fosse eseguita sulla comunione. Il donante può donare ciò che vuole (1). Bisogna dunque consultare anzitutto l'intenzione del donante.

In nessun luogo è fatto cenno dei debiti che i coniugi avessero contratti l'uno verso l'altro prima del matrimonio. La maggior parte dei debiti sono mobiliari, ed anche il diritto che ne risulta pel creditore è mobiliare. Ne consegue che i crediti cadono nell'attivo della comunione e i debiti nel passivo, ossia si estinguono per confusione. Però i coniugi potrebbero escludere questi debiti dal loro contratto di matrimonio stipulando la realizzazione. In questo senso Pothier formula l'esempio che egli dà dei debiti anteriori costituenti un debito personale fra coniugi. « Quando uno dei coniugi, prima del matrimonio, era creditore dell'altro d'una somma di denaro e questo debito è stato escluso dalla comunione, tanto da parte del coniuge creditore, con una clausola di realizzazione dei suoi beni mobili, quanto da parte del coniuge debitore, con una convenzione di separazione dei debiti, il coniuge continua ad avere il suo credito allo scioglimento della comunione non contro la comunione, ma contro l'altro coniuge che ne è il debitore » (2).

545. Quando possono essere escussi i crediti dell'uno dei coniugi contro l'altro? Si ammette generalmente che ciò non possa accadere se non dopo lo scioglimento della comunione (3). Questa opinione si fonda sui termini dell'art. 1478 il quale stabilisce: « *Consumata la divisione*, il coniuge creditore esercita il suo credito sulla parte del coniuge debitore nella comunione o sui suoi beni personali ». Ci pare che si attribuisca alla legge ciò ch'essa non intende di dire. Di che si tratta nell'art. 1478? La legge dichiara su quali beni si esercitino i crediti personali dei coniugi. Essi non si esercitano per via di compenso o di prelevamento sulla comunione poichè il coniuge non è creditore della comunione. Creditore personale, gli si applica il diritto comune, secondo il quale i beni del debitore sono la garanzia dei suoi creditori. Il testo lascia dunque la questione intatta e si deve deciderla secondo i principii. Ora, ogni creditore ha il

---

(1) DURANTON, t. XIV, p. 603, n. 482. COLMET DE SANTERRE, t. VI, p. 310, numero 140 *bis*.

(2) POTHIER, *Della comunione*, n. 677. AUBRY e RAU, t. V, p. 370, § 512, e tutti gli scrittori.

(3) AUBRY e RAU, t. V, p. 372, nota 7, § 512, e le autorità che citano.

diritto d'agire contro il suo debitore. Il diritto d'azione costituisce l'essenza del credito. Perchè il coniuge creditore non potrebbe agire? Si dice che i crediti non possono esercitarsi prima della divisione, perchè fino a quel momento non si sa quali siano i diritti del coniuge debitore nella comunione. Senza dubbio, il coniuge creditore non può pretendere il suo diritto sulla quota del suo debitore in una comunione che non è sciolta. Ma se il coniuge debitore ha beni personali, l'obbiezione cade e quindi si resta nel diritto comune. La giurisprudenza è indecisa, e le sentenze che si citáno in favore dell'opinione generale non hanno grande autorità. La Corte di Parigi ha giudicato, in una vecchia sentenza, che i coniugi non potevano agire l'uno contro l'altro durante la comunione, perchè vi ha confusione di diritti. Ciò suppone debiti anteriori al matrimonio. Ma quando il credito nasce durante il matrimonio in conseguenza d'una vendita che uno dei coniugi faccia all'altro, non vi ha alcuna confusione. La Corte soggiunge che si deve fare una liquidazione per sapere quale dei due coniugi sia creditore o debitore (1). Ma la Corte non confonde i compensi e i debiti fra coniugi? Se i due coniugi sono rispettivamente debitori l'uno dell'altro, si fa la compensazione, ma non vi ha nulla da liquidare per questo titolo. La sentenza che si cita in favore della nostra opinione non è meglio decisiva. Si trattava di riprese più che di crediti. Il marito era rovinato e la moglie domandava la separazione dei beni. La Corte non ha deciso, in massima, che la moglie può agire, come le altre sentenze non hanno deciso in massima ch'essa non ha questo diritto (2). Talvolta la questione concerne le difficoltà che presenta il sistema ipotecario. Ritorneremo sull'argomento al titolo che è la sede della materia.

546. Su quali beni il coniuge creditore esercita i suoi diritti? L'art. 1478 risponde: « Sulla parte del coniuge debitore nella comunione o sui suoi beni personali ». È una differenza fra i crediti personali ed i compensi. Non può parlarsi di un prelevamento quando si tratta di debiti personali ai coniugi, perchè il prelevamento ha per oggetto di liquidare la massa divisibile, e i crediti dei coniugi sono affatto estranei a questa liquidazione. Anche i prelevamenti sono governati da regole eccezionali che non possono essere applicate ad un credito ordinario. Il coniuge resta dunque nei termini del diritto comune: egli ha azione su tutti i beni del suo debitore (3).

547. L'art. 1479 stabilisce un'altra differenza fra le riprese e

---

(1) Parigi, 10 frumentario, anno XIII (DALLOZ, v. *Contrat de mariage*, n. 2443). Si cita anche una sentenza di Bordeaux, 6 maggio 1848 (DALLOZ, 1850, 2, 11). Nel caso concreto, la moglie non era creditrice.

(2) Caen, 17 gennaio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 109).

(3) RODIÈRE e PONT, t. II, p. 249, n. 960.

i crediti personali che i coniugi hanno da esercitare l'un contro l'altro. I crediti non producono interesse che dal giorno della domanda giudiziale. I coniugi restano sotto l'impero del diritto comune perchè non vi era alcun motivo di derogarvi. Ritorna qui la questione di sapere quando il coniuge può agire contro l'altro per far decorrere gli interessi. Secondo l'opinione comune, si risponde che durante tutta la comunione il coniuge creditore non può domandare gli interessi. Così la legge non lascierebbe decorrere gli interessi di pieno diritto, obbligherebbe il coniuge ad agire giudizialmente per farli decorrere, e gli vieterebbe nel tempo stesso d'agire. È una cosa contraddittoria ed ingiusta. Che si dice per giustificare questa interpretazione? Si afferma che i crediti dei coniugi sonnecchiano. Ma è questo un appagarsi di vane parole (1). Perchè sonnecchiano? A noi pare che dall'art. 1478 si debba trarre una conseguenza tutta contraria. Giacchè la legge sottopone il coniuge creditore al rigore del diritto comune, è giusto che gliene accordi anche il beneficio.

548. Si è domandato se il credito del conguaglio scatente dalla divisione può essere retto dall'art. 1478. L'affermativa ci pare così evidente che non avremmo nemmeno pensato a porre la questione. Il credito del conguaglio nasce dopo lo scioglimento della comunione. Non è un credito fra coniugi in comunione di beni, ma un credito ordinario originato da un contratto nel quale figurano d'ordinario, il coniuge superstite e gli eredi del premorto. Si tratta dunque d'una convenzione ordinaria, soggetta, come tale, al diritto comune, di cui l'art. 1478 è un'applicazione. In appoggio dell'opinione contraria s'invoca l'art. 1652 che fa decorrere gl'interessi del prezzo di pieno diritto quando la cosa venduta produce frutti. Si confondono così due contratti di natura assai diversa, la vendita e la divisione. La divisione resta una divisione anche quando è fatta con conguaglio. Non si può dunque applicare alla divisione la disposizione eccezionale dell'articolo 1652. L'equità è d'accordo coi principii di diritto. Il conguaglio ha per oggetto d'eguagliare le quote. Bisogna dunque credere ch'esso sarà stato calcolato in modo da ristabilire la eguaglianza fra i condividenti, senza che il debitore del conguaglio debba gli interessi di pieno diritto. Il creditore del conguaglio ha sempre il mezzo di farli decorrere agendo contro il debitore (2).

---

(1) Rodière e Pont, t. II, p. 250, n. 967.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 307, n. 139 *bis* II. In senso contrario, Marcadé, t. V, p. 640, n. I dell'art. 1486.

APPENDICE

Il Sistema dotale secondo il Codice civile italiano

Si crede generalmente che al Diritto romano fu del tutto straniero il sistema della comunione dei beni tra coniugi. Questa opinione non ci sembra meritevole di essere accolta. A conforto del nostro avviso ricordiamo un frammento del giureconsulto Scevola, conservatoci nelle Pandette, dove in termini apertissimi è accennata questa forma del contratto di matrimonio. Ivi si parla di un marito, il quale *societatem omnium bonorum cum uxore sua per annos amplius quadraginta habuit* (1). Nondimeno, vuolsi pur confessare, che il sistema della comunione dovette mostrarsi presso i Romani come una eccezione rarissima; mentre invece, nell'età di mezzo, imperò quasi sovrano in molte regioni d'Europa, passando dal tugurio del povero e dalla capanna dell'agricoltore nei palagi dei magnati.

Il sistema prevalente presso i Romani fu quello dotale. Anzi, per molti secoli, la costituzione della dote fu ritenuta come il segno principale per distinguere il matrimonio dal concubinato; come si trae, fra l'altro, dai noti versi di una comedia di Plauto (2).

Gl'imperatori, per ragioni politiche, favoreggiarono il sistema dotale; essi circondarono di esorbitanti protezioni i beni della donna maritata. « Il principale carattere della dote fu l'aliena-

(1) Fr. 16, § 3, D. *de alimentis vel cibariis legatis*, XXIV, 1.
(2) Trinum. Act. III, Sc. II.

bilità, sotto qualunque forma, in qualunque modo; e Giustiniano accolse questo principio con tutte le sue esagerazioni. È necessario di salvare la dote, anche contro l'onore e il benessere della famiglia, a danno dei terzi traditi nella loro buona fede, con grave pregiudizio del commercio fondiario inceppato dall'inalienabilità, da ipoteche generali che retroagiscono: l'interesse dello Stato lo richiede. L'impero va rovinando sotto i colpi de' barbari che vi irrompono; fa d'uopo che la moglie, dopo il divorzio o la morte del marito, ritrovi integra la sua dote per rimaritarsi e dare altri figli alla patria: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* Pensiero funesto, ispirato dalla diffidenza e dallo scoraggiamento di una società decrepita, che non crede più ad alcun progresso, troppo fortunata se riesce a conservare ciò che possiede » (1).

Dopo che i Barbari si assisero da conquistatori sulle rovine dell'impero occidentale, le tradizioni romane fecero perdurare il sistema dotale presso la maggior parte delle città italiane. Nelle provincie meridionali è rimasta celebre la Costituzione *In aliquibus* di Federigo II, colla quale si prescriveva ai fratelli di assegnare una dote alle sorelle; la stessa obbligazione era imposta ai nipoti verso le sorelle del padre defunto. Ed una consuetudine napoletana stabiliva che, nel caso d'inosservanza di questo dovere, le sorelle e le zie acquistavano il *diritto di masculazione*, acquistavano cioè il diritto di avere una porzione eguale a quella dei maschi nella divisione dei beni di famiglia.

Per lunga età la dote consisteva in un tenue assegno, non corrispondente alla fortuna del dotante. Abbiamo da Ricordano Malaspini, nella sua *Storia Fiorentina*, che al principio del secolo decimoterzo in Firenze « libbre cento era comune dote e libbre duecento o trecento era tenuta a quel tempo grandissima dote, avvegnachè il fiorino d'oro valea soldi venti. » — E Dante, nel *Paradiso*, così fa dire a Cacciaguida:

Fiorenza dentro della cerchia antica
  Ond'ella toglie ancora e terza e nona,
  Si stava in pace sobria e pudica.
Non avea catenella, non corona,
  Non donne contigiate, non cintura
  Che fosse a veder più che la persona.
Non faceva, nascendo, ancor paura
  La figlia al padre, chè il tempo e la dote
  Non fuggian quinci e quindi la misura (2).

L'Alighieri trae da ciò argomento per lodare gli antichi costumi della sua città natale. Ma noi, mettendo da parte Firenze, osserviamo che la tenuità delle doti era generalmente, sino agli

(1) PISANELLI, *Relazione ministeriale.*
(2) *Par.*, Cant. XV.

albôri del secolo presente, l'applicazione di un principio che la civiltà moderna, ispirandosi ai dettami del Cristianesimo, non può accettare: l'orgoglio delle famiglie, che voleva concentrato in un solo, nel primogenito, tutto il patrimonio o la maggior parte del medesimo. L'ampliamento nella misura delle doti segna per noi un passo nella via della civiltà, un passo che doveva guidare al riconoscimento del principio fermato dal Diritto moderno: che le figliuole hanno gli stessi diritti dei figli sui beni dei loro genitori. E qui ricordiamo, ad onore dei giuristi italiani che presero parte alla compilazione del Codice civile, che quando, nel seno della Commissione coordinatrice, fu data lettura di una proposta, tendente ad escludere le figliuole dalla successione, mediante un congruo compenso, la Commissione deliberò di non metterla neppure in discussione; considerando che bastava enunciar la proposta per iscorgere di primo tratto quanto era contraria ai costumi ed ai dettami della moderna civiltà, e come disdiceva ai principii di eguaglianza e di economia sociale i quali formano l'attuale Diritto pubblico dello Stato (1).

Senza addentrarci ulteriormente in queste considerazioni, possiamo stabilire come dato di fatto inoppugnabile, che il sistema dotale, al declinare del secolo passato ed ai primordii del secolo presente, era accolto generalmente nelle consuetudini delle città italiane, sebbene queste fossero governate da legislazioni tra loro dissonanti.

Quando gli eserciti francesi occuparono buona parte della penisola, si volle imporre a noi il Codice Napoleone. Diciamo, che quel Codice *si volle imporre;* imperciocchè il sire francese, non soffrendo indugi, ne richiese imperiosamente l'adozione, senza curare le rimostranze di quei giuristi che lo voleano contemperato alle consuetudini italiane. Il Ricciardi, per queste provincie meridionali avea proposto delle sagge ed opportune modificazioni. Di esse non si tenne alcun conto. Napoleone scriveva al fratello Giuseppe: « Introducete nei vostri Stati il Codice civile. La Germania lo adotta, la Spagna non tarderà ad adottarlo. È molto utile che così si faccia » (2). Ed i comandi dell'imperatore furono immediatamente eseguiti.

Quel Codice stabilisce, come *regime legale*, il sistema della comunione dei beni tra coniugi. Le tradizioni italiche si ribellavano a questo sistema, accolto universalmente nelle consuetudini francesi. Quindi, facendosi tesoro della *concessione* del Codice, il contratto di matrimonio continuò a stipularsi sotto la règola dotale.

È nota la vivissima lotta nel Consiglio di Stato in Francia tra coloro che presero parte alla compilazione del Codice: ricordiamo i nomi illustri del Treilhard, del Malleville, del Tron-

(1) Verb. n. 28, seduta dell'11 maggio 1865.
(2) *Mém. et correspond. du roi Joseph*, Vol. II, p. 276.

chet e del Portalis. Invocandosi le tradizioni delle provincie governate dal Diritto consuetudinario, chiedevasi la soppressione del regime dotale. Fu necessario venire ad una transazione, per non offendere senza ragione gli usi delle provincie regolate dal Diritto scritto. Il Codice ritenne il sistema della comunione, come sistema legale; autorizzando però le parti, nel contrarre matrimonio, a scegliere il sistema dotale.

Leggendo quella discussione ch'ebbe luogo nel Consiglio di Stato in Francia, ci corse alla mente un'altra gravissima discussione che si agitò nello stadio di preparazione del Codice italiano intorno all'instituto dell'enfiteusi. I giuristi delle provincie del Nord lo volevano soppresso; lo caldeggiavano i giuristi delle provincie meridionali, siccome, anche ai nostri tempi, molto proficuo agli interessi dell'agricoltura. Per risolvere la controversia si volle venire ad una transazione; ma essa fu molto diversa da quella accennata superiormente.

Difatto, nel Codice italiano furono stabilite tali regole intorno all'enfiteusi da rendere impossibile questo contratto; e l'esperienza di quindici anni lo dimostra luminosamente. Di guisa che si è detto, e con ragione: il legislatore poteva dispensarsi dal consacrare nel Codice un titolo di parecchi articoli ad un contratto, di cui egli rendeva impossibile la stipulazione.

Diversamente si regolarono i compilatori del Codice francese. La concessione alle provincie meriggiane fu reale, non illusoria. Il sistema dotale, pure spogliandosi di quelle norme informate ad un malinteso interesse politico, fu governato in modo, che il nostro legislatore, che sapeva essere quel sistema prevalente in Italia, non ha potuto apportare che modificazioni di leggera entità a quanto si trovava statuito nel Codice Napoleone. I punti culminanti, i principii direttivi sono gli stessi, nel Codice nostro e nel francese.

Diremo brevemente delle modificazioni dianzi accennate.

I. Giusta i principii del Diritto romano, la dote poteva costituirsi ed aumentarsi durante il matrimonio. *Dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt*, dice Giustiniano nelle *Istituzioni.*

Allorchè si discusse il disegno del titolo intorno al *Contratto di matrimonio,* il console Combacérès propose l'adozione del sistema romano; ma tale proposta ebbe ad incontrare opposizioni vivissime da parte del Tronchet; il quale ricordò il dovere del legislatore di garentire le ragioni del credito, che sarebbero state disconosciute coll'adozione del sistema romano.

Quale è la legge dei terzi? disse il Tronchet. Il contratto di matrimonio; ora, qual sarebbe la condizione del credito privato, se i terzi credendo di comprare o di ricevere in ipoteca dei beni che il contratto di matrimonio ha fatto loro considerare come stradotali, si vedessero in seguito evitti in forza del principio d'inalienabilità imposto a questi beni dopo la celebrazione del matrimonio? Si sarebbe ingannata la loro buona fede, dando

le parvenze della libertà e della disponibilità a beni realmente inalienabili.

Queste considerazioni del Tronchet consigliarono i nomoteti francesi a rigettare la proposta. Fu quindi inibita qualunque costituzione od aumento della dote durante il matrimonio. « La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage »; è questa la disposizione dell'art. 1543 del Codice Napoleone.

I redattori del Codice italiano non potevano disconoscere la forza delle ragioni adotte dal Tronchet, la garantia dei diritti dei terzi, salvaguardia della buona fede che deve regnare sovrana nelle civili transazioni; questa garantia del Codice italiano trovasi ordinata egregiamente. Quasi in ogni titolo del nostro Codice si rinviene sanzionato questo principio nobilissimo.

Ma il legislatore italiano opportunamente considerava che, senza recare oltraggio al suddetto principio, senza vulnerare le ragioni dei terzi, petevasi benissimo recedere dal rigore del Codice francese. Quindi troviamo stabilito nell'art. 1391: « la dote non si può costituire, nè aumentare *dai coniugi* durante il matrimonio ».

Col sistema accolto dal nostro Codice riescono impossibili gl'inconvenienti lamentati dal Tronchet. La metamorfosi dei beni da stradotali in dotali, che lederebbe i diritti dei terzi, che tôrrebbe ai medesimi la guarentigia che lor concedeva il contratto di matrimonio, tale metamorfosi non si può verificare nel sistema adottato dal legislatore italiano.

Ma quando altre persone, che non siano i coniugi, vogliono, durante il matrimonio, costituire od aumentare la dote, perchè proibirlo? Su questi beni, che ora debbono venire a formar parte del patrimonio della moglie, niun assegnamento potevano fare i creditori. Il Tronchet disse, che *il contratto di matrimonio è la legge dei terzi;* ma le tavole nuziali intorno a questi beni serbarono assoluto silenzio.

Il legislatore italiano, accogliendo il saggio temperamento dell'art. 1391, mentre faceva omaggio al principio enunciato da Tronchet, non disconosceva la serietà delle osservazioni del console Cambacérès. Un padre, ei diceva, nel tempo della sua povertà ha dotato meschinamente una delle sue figliuole. Perchè, divenuto ricco, non potrà aumentare la dote? — Negandogli questo diritto, voi legislatore stabilirete una disuguaglianza tra la figlia prima maritata, che dovrà sempre rimanere con una dote scarsa, e le altre figliuole che contraggono matrimonio nel tempo della prosperità del padre. Costui alla prima figlia non potrebbe largire che dei beni meramente parafernali, dei beni soggetti a svariati pericoli di perdita, perchè non protetti dal principio dell'inalienabilità, perchè privi di tutte le guarentigie del sistema dotale.

In brevi parole, che cosa faceva il nostro legislatore? Dall'una parte salvava pienamente i diritti dei terzi; dall'altra

parte provvedeva agli interessi della moglie, e, diciamo ancora, agli interessi dei figli; imperciocchè molte volte la dote materna è l'ultima tavola di salvezza nel naufragio della fortuna domestica.

II. La prima sezione del capitolo destinato a contenere le regole intorno al sistema dotale si chiude con un articolo (1398) di cui giova riferire il tenore.

« Nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire un lucro sull'importare della dote in favore del coniuge sopravvivente. — Il lucro si devolve in proprietà al coniuge sopravvivente se vi sono discendenti del coniuge premorto, e nel caso contrario in semplice usufrutto, salvochè gli sposi abbiano diversamente pattuito. — Il lucro dotale non può convenirsi sulla dote che viene da altri costituita od aumentata durante il matrimonio, e non reca mai pregiudizio agli eredi aventi diritto a porzione legittima ».

Tale disposizione intorno ai *lucri dotali* non si legge nel Codice Napoleone. Il nostro legislatore, colla medesima, faceva omaggio ad *antiche costumanze di alcune provincie del regno*, come dice il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*. Ma, quando si mette a raffronto l'art. 1398 del Codice italiano coll'art. 1529 del Codice Albertino, si ravvisa una gravissima differenza tra i due Codici. L'italiano permette la stipulazione del lucro dotale, ma non suppone la tacita convenzione del medesimo. Invece, giusta il mentovato articolo 1529 del Codice Albertino, il lucro dotale, quando non formava obbietto di speciale stipulazione da parte degli sposi, veniva supposto dalla legge: « Se nel contratto di matrimonio non sarà stata fatta particolare convenzione tra gli sposi riguardo ai lucri dotali, s'intenderà stabilito un lucro reciproco del terzo dell'ammontare della dote in favore del coniuge sopravvivente, in proprietà quando non sianvi discendenti dal loro matrimonio, e nel caso contrario in semplice usufrutto. »

Soltanto questo articolo 1529 del Codice Albertino ci può dar ragione di un inciso che trovasi nell'articolo 156 del Codice italiano, sotto il capo: *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*. In questo articolo il legislatore stabilisce gli effetti della separazione personale giudiziale rispetto ai coniugi; e dice che il coniuge, per colpa del quale fu pronunziata la separazione, incorre « nella perdita dei lucri dotali di tutti gli altri utili che l'altro coniuge gli avesse concessi col contratto matrimoniale ed anche dell'usufrutto legale ». A prima fronte sembra che nel suddetto articolo siavi un pleonasmo. Quando il legislatore aveva detto, che il coniuge colpevole perde *tutti* gli utili a lui concessi nelle tavole nuziali, perchè fare espressa menzione dei *lucri dotali* che certo voglionsi annoverare nella categoria generale? I redattori del nostro Codice stimarono opportuno inserire quell'inciso, avendo riguardo ai matrimoni contratti sotto l'impero del Codice Albertino; il quale, nei casi in cui quest'*utile* non si *concedeva* col contratto matrimoniale, ne supponeva la tacita convenzione.

Nel linguaggio del Codice Albertino e del Codice italiano, *lucro dotale* è vocabolo di genere, il quale comprende indistintamente tanto i lucri del marito che quelli della moglie. Invece, come è stato acconciamente osservato, nel linguaggio della scienza e per la tradizione costante del Diritto civile, *lucro dotale* è vocabolo di specie, e comprende soltanto ciò che il marito acquista o per legge o per patto sulla dote costituita. In questo senso non vi sono compresi i lucri della moglie, ossia tutto quello che a lei perviene dalla liberalità del marito in occasione del matrimonio, e che nella storia del diritto si conosce coi diversi nomi di *donazione nuziale* (*donatio ante nuptias* o *propter nuptias*), *aumento dotale* od *obnuziale*, *contradote o sopradote* (1).

III. Statuisce la prima parte dell'art. 1400: « Il marito non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve, se non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale ». — La stessa disposizione si legge nell'articolo 1550 del Codice Napoleone: « Le mari n'est pas tenu de fournir caution pour la réception de la dot, s'il n'y a pas été assujetté par le contrat de mariage ».

Il Diritto romano che pur si spinse tant'oltre nel sistema delle garantie dotali, su questo punto consacrava il medesimo principio. E l'imperatore Giustiniano ne assegna la ragione: « Si enim credendam mulier sese existimavit, quare fideiussor, ut causa perfidiae in connubio generetur? » (2). La moglie non ha dubitato di affidare al marito la propria persona; si può credere con fondamento che tale fiducia sia poi venuta meno per quanto riguarda i beni? Se la legge si facesse dominare da questa presunzione, invece di portare nella famiglia l'ulivo della pace, introdurrebbe la teda della discordia. Quando si è costituita la dote non si è voluta imporre al marito una cauzione, che Baldo diceva essere *gravamen honesto proboque viro*. Ora, sarebbe non sano consiglio imporre, con un precetto di legge, la diffidenza: *quare fideiussor, ut causa perfidiae in connubio generetur?*

Nondimeno, il Codice francese e l'italiano riconoscono la validità del patto inserito nel contratto di matrimonio, nell'atto di costituzione dotale, con cui il marito siasi obbligato alla cauzione: e la medesima disposizione si trova nel Diritto romano. Certamente, non sarà così facile rinvenire un marito il quale si pieghi a soffrire questo affronto, *contumeliam subire*, per usare il linguaggio del giureconsulto Ulpiano. Ma quando il marito consente, la legge colla sua autorità sanziona la privata convenzione.

---

(1) Vedi Bicci, *Dei lucri dotali, studi sull'art. 1398 del Codice civile*, nell'*Archivio giuridico*, Vol. XIX, quad. II.

(2) Const. 2, Cod., *Ne fideiussores vel mandatores dotium dentur*, V, 20.

Sino a questo punto vanno pienamente d'accordo il Codice italiano ed il Codice Napoleone. Ma il capoverso del mentovato art. 1400 del nostro Codice risolve una gravissima controversia agitata in Francia sulla cattedra e nel foro pel silenzio serbato dal legislatore.

Nel contratto di matrimonio nulla si è detto intorno alla cauzione; e la legge, in omaggio alla fiducia delle parti, non la impone. Ma, dopo il matrimonio, è sopraggiunta tale mutazione nel patrimonio del marito da far concepire seri timori intorno alla sicurezza della dote. In tal caso, certo non preveduto nel momento della costituzione della dote, si può chiedere al marito una cauzione?

Non è nostro compito il riferire in questo luogo le varie opinioni degli scrittori e i discordanti pronunciati della giurisprudenza. Staremo contenti ad osservare, che la dottrina prevalente in Francia è la seguente: L'unico partito a cui la moglie può far ricorso a guarentigia delle sue sostanze è quello di chiedere la separazione della dote.

Il nostro legislatore non poteva negare alla moglie questo rimedio; ed infatti, giusta l'art. 1418, la separazione della dote può domandarsi dalla moglie, la quale sia in pericolo di perderla, o quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti per soddisfare i diritti della moglie. Ma questo provvedimento non può emanarsi se non dietro richiesta della moglie; se costei serba silenzio, pure essendo prossimo il naufragio del patrimonio del marito, in tal caso non è giusto venire in soccorso di coloro che, dopo aver costituita o promessa la dote, si vedrebbero assoggettati alla prestazione degli alimenti, consumata la rovina del marito?

A noi sembra degna di plauso la disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 1400: « Qualora dopo il matrimonio sia sopraggiunto nel patrimonio del marito un trasformamento o una diminuzione per cui venga la dote ad essere in pericolo, e quegli che l'ha costituita o ne è il debitore sia nel numero delle persone che sarebbero tenute alla prestazione degli alimenti, può il tribunale civile sull'istanza del medesimo ordinare le cautele opportune per la sicurezza della dote ».

Il legislatore abbandona al prudente arbitrio del magistrato l'estimazione dei fatti allegati a conforto dell'istanza; il magistrato deciderà, se veramente *proximus ardet Ucalegon*, se il pericolo sia reale e non immaginario. Ancora; il legislatore si affida alla prudenza dell'autorità giudiziaria per quanto concerne la specie di cautela che deve assicurare la dote. Tra coniugi *res non sunt amare tractandae*; sebbene l'istanza venga avanzata da quello che ha costituita o promessa la dote, il provvedimento va sempre a ferire l'onore del marito, e l'onta inflitta a costui produrrebbe funesti effetti nella famiglia. Quindi il magistrato chiamato a scegliere tra le *cautele opportune* per la sicurezza della dote, si conformerà all'intenzione del legislatore

quando darà la preferenza a quelle che, assicurando la dote, non siano, come diceva Ulpiano, di *contumelia* al marito.

IV. Abbiamo superiormente osservato, che il principale carattere della dote presso i Romani, nel periodo imperiale, fu l'inalienabilità, sotto qualunque forma ed in qualunque modo. Il Diritto moderno non poteva fare buon viso a questa esagerazione cui non era straniera la ragion politica; imperciocchè, come altrove s'è detto, l'incolumità delle doti gl'imperatori romani vollero costituire quasi una specie di antemurale contro le invasioni dei Barbari.

Il diritto moderno statuisce che, per regola generale, la dote non si può alienare: tuttavia il legislatore permette, che nel contratto di matrimonio venga autorizzata l'alienazione della medesima. Statuisce l'art. 1557 del Codice Napoleone: « L'immobile dotale può essere alienato quando ne è stata permessa l'alienazione col contratto di matrimonio ». E l'art. 1404 del Codice italiano: « La dote può essere alienata o ipotecata, se nel contratto di matrimonio ne è stata permessa l'alienazione o la ipoteca ».

Il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale* che accompagnava il suo Progetto di codice civile presentato al Senato, così dava ragione di questo articolo: « La dote essendo destinata a sopperire ai pesi del matrimonio, l'inalienabilità deve esserne la conseguenza naturale. Potendo però gli sposi procedere al matrimonio senza costituzione dotale, non havvi ragione di vietare che nel contratto la dote sia costituita con riserva di poterla alienare. Vietando questo patto, la legge si preoccupa troppo dell'interesse dei figli; ma in qual modo vi provvede essa, allorchè non esiste costituzione di dote? Anche qui la forza dell'abitudine contrasta alla logica del diritto. Questa richiederebbe in ogni caso che il regime dotale fosse imposto agli sposi come una necessità, per modo che tutti i beni della moglie s'intendessero costituiti in dote. Nei secoli scorsi poteva forse discutersi una tale proposta; ora basta accennarla ».

Quando il Pisanelli parlava della *forza dell'abitudine*, alludeva ai tre Codici, parmense, sardo ed estense, i quali non riconoscevano il patto permessivo dell'alienazione della dote, inserito nelle tavole nuziali. La Commissione Senatoria, rigettando il sistema accolto nel Progetto ministeriale, consacrò invece quello dei tre Codici or or mentovati. Ma nella diffinitiva redazione del Codice italiano prevalse il primo sistema conforme a quello adottato dal legislatore francese. Leggesi a questo proposito nella *Relazione al re*, che va innanzi al Codice: « Si è stimato opportuno toglier di mezzo il divieto prescritto dal progetto senatorio di stipulare l'alienabilità della dote per patto; al che due ragioni principali condussero. Primamente si riconobbe essere disdicevole vincolo alla libertà delle convenzioni un divieto di simigliante natura, il quale non tiene di certo a considerazioni di ordine pubblico. Avvisavasi secondariamente, che se nulla

vieta di escludere nel contratto di matrimonio tutti i beni della sposa dal regime della dotalità, lasciandoli in condizione di beni parafernali, non saprebbesi intendere poi il perchè, la dote costituendosi, ne sarebbe disdetta l'alienabilità per patto, consenziente il marito ».

Il Codice Napoleone ammise ancora l'alienazione della dote *avec permission de justice*. L'art. 1558 designa i casi nei quali l'autorità giudiziaria è autorizzata a permettere tale alienazione. Ne ricordiamo due: il magistrato può emanare questo provvedimento, quando si tratta di pagare i debiti della moglie o di quelli che hanno costituita la dote, allorchè questi debiti hanno una data certa anteriore al contratto di matrimonio: quando si tratta di fare straordinarie riparazioni necessarie alla conservazione dell'immobile dotale.

Statuisce l'art. 1405 del Codice italiano: « Fuori del caso indicato nel precedente articolo (*alienazione od ipoteca consentita nel contratto di matrimonio*), non si possono durante il matrimonio alienare od obbligare a favore di chicchessia la dote nè le ragioni dotali della moglie, e non si possono neppure ridurre o restringere le ragioni medesime se non col consenso del marito e della moglie e mediante decreto del tribunale che può darne l'autorizzazione nei soli casi di necessità od utilità evidente ».

Quale è la differenza su questo punto tra il Codice francese e l'italiano? Il primo enuncia tassativamente i casi nei quali l'autorità giudiziaria può autorizzare l'alienazione della dote. Il secondo non procede a questa enunciazione particolareggiata; ma favella in generale di *necessità od utilità evidente*. Ed il Pisanelli diede ragione di tale differenza: « La legge non può prevedere tutti i casi in cui l'alienazione o l'obbligazione della dote si presenta necessaria od utile, d'onde la conseguenza, o di far categorie di casi talmente generici da renderne inutile la specificazione, o di costringere i coniugi a mascherare la verità per trovarsi apparentemente nel caso espresso dalla legge. Parve quindi più franco partito quello di non dare altra norma all'autorità giudiziaria, se non quella della necessità od utilità evidente. L'esperienza ha dimostrato che, non ostante la limitazione stabilita dai vigenti codici, i tribunali hanno sempre finito per cedere, sulle ripetute istanze dei coniugi, alle esigenze dei casi non preveduti dalla legge, per modo che le maggiori cautele che essa volle spiegare per la conservazione della dote ebbero sempre a risolversi in un maggiore carico di spese per ottenere la facoltà di alienare ».

V. La dote, durante il matrimonio, non si può alienare od obbligare a favore di chicchessia: ecco il principio generale. A questo principio generale, siccome abbiamo già osservato, si fanno due eccezioni: quando nel contratto di matrimonio è stata permessa l'alienazione o l'ipoteca della dote; quando, nei casi di necessità o utilità evidente, il magistrato ne abbia data l'autorizzazione.

L'art. 1407 del Codice italiano racchiude la sanzione del principio generale dianzi enunciato: « È nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote, quantunque vi acconsentano ambidue i coniugi, se non è stata permessa nel contratto di matrimonio o non si adempiano le condizioni sopra stabilite. — Il marito può durante il matrimonio far rivocare l'alienazione o l'obbligazione: uguale diritto spetta alla moglie anche dopo sciolto il matrimonio. Il marito però che vi ha acconsentito è obbligato pei danni verso colui col quale ha contrattato, se nel contratto non ha dichiarato che la cosa alienata od obbligata era dotale ».

Il nostro legislatore ha riprodotto le disposizioni contenute nell'art. 1560 del Codice Napoleone. A prima fronte sembra strano che anche al marito, il quale ha prestato il consenso all'alienazione od obbligazione della dote, si conceda il diritto di farle rivocare durante il matrimonio. Ma i due codici hanno considerato che se, nell'ipotesi superiormente figurata, il marito è venditore, non cessa d'altra parte di essere protettore dei diritti della associazione coniugale. Il marito, che diede la rivocazione dell'atto da lui consentito, agisce *non in suum sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum* (1).

L'ultimo capoverso dell'art. 1407 racchiude una disposizione che non si legge nel Codice francese. Eccone il tenore: « Sciolto il matrimonio, si può procedere sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio ». — Crediamo opportuno fermarci brevemente su questo capoverso, la cui disposizione andò incontro a vivissime opposizioni nello stadio di preparazione del Codice civile.

Al primo ramo del Parlamento, nella tornata del 9 gennaio 1862 il ministro Miglietti presentava un Progetto di Codice civile; nell'art. 1445 del medesimo leggevasi la disposizione contenuta nel secondo capoverso dell'art. 1407 del Codice italiano. — Succeduto al Miglietti il Pisanelli, nel Ministero di Grazia e Giustizia, egli sottomise il disegno di Codice presentato dal Miglietti alla disamina di una Commissione di giureconsulti napoletani appartenenti al Foro ed alla Magistratura.

Ora, la suddetta Commissione non stimò degna del suo suffragio la disposizione con cui, sciolto il matrimonio, i creditori erano autorizzati a procedere sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio.

« La giurisprudenza dapprima dubbiosa può dirsi che non lo sia più in riguardo alla impotenza giuridica delle obbligazioni sulla dote contratte durante il matrimonio, ancor dopo la dissoluzione di esso; a quei dì ne' quali bene spesso la donna ha

(1) VOET, *Pandect.*, Lib. VI, tit. I, n. 19.

mestieri di soccorso, si vedrebbe assalita dalle azioni de' creditori per obbligazioni contratte durante il matrimonio, per guisa da rimanerle ad assistere allo spettacolo dell'alienazione forzata di quella dote, che le leggi avevano per lo innanzi custodita vietandone in modo assoluto l'alienazione volontaria; e ciò quasi per virtù di un pegno legale, mentre il *convenzionale* era interdetto » (1).

Ma l'art. 1377 del Progetto del Codice civile presentato dal Pisanelli riprodusse la disposizione contenuta nell'art. 1445 del Progetto Miglietti. — Nel seno della Commissione coordinatrice, il De Forèsta osservò, allo stesso modo della Commissione dei giureconsulti napoletani: « che se si vuole mantenere l'istituzione della dote non convenga spogliarla affatto di quelle cautele che sono necessarie acciocchè non divenga illusoria, nè toglierle quella tutela a cui le popolazioni sono avvezze; che se non si dichiara che, sciolto il matrimonio, non potranno i creditori agire sulla dote, sarà facile il far frode al principio della inalienabilità di essa » (2).

Non ostante queste opposizioni, al principio accolto nei disegni del Miglietti e del Pisanelli fu fatto buon viso nella redazione diffinitiva del Codice civile. A noi non pare che possa meritare una nota di biasimo il legislatore italiano; specialmente quando vengano ponderate le ragioni svolte su questo argomento dal Pisanelli nella *Relazione ministeriale* al Senato del Regno:

« Collo scioglimento del matrimonio si scioglie il regime dotale, e conseguentemente non vi sono più beni formanti parte di una dote; ma semplicemente dei beni che furono dotali, e che dopo di essere stati inalienabili, e per questo titolo sottratti all'azione dei creditori durante il matrimonio, divennero liberi e soggetti al diritto comune collo scioglimento del medesimo. Se qualunque creditore della moglie anteriore al matrimonio, o posteriore allo scioglimento di questo, può agire su quei beni per essere soddisfatto, per qual ragione non potrà fare altrettanto chi divenne creditore durante il matrimonio? Se egli si presentasse colla pretesa di un diritto di preferenza sopra gli altri creditori, o contro i terzi, in forza di un'ipoteca acquistata mentre i beni erano dotali, niun dubbio che questa pretesa dovrebbe essere respinta, perchè la dote non era capace di vincolo ipotecario senza l'autorizzazione giudiziale. Ma quando il detto creditore non reclama alcun diritto di preferenza acquistato durante il matrimonio, non si sa comprendere il motivo perchè debba trovarsi in una condizione peggiore di quella degli altri creditori. Potendo egli agire

(1) Vedi le *Osservazioni* della suddetta Commissione pubblicate a Torino, Stamperia reale, parte III, pp. 29-30.

(2) Verb. n. 36, Seduta pom. del 16 maggio 1865.

sui beni liberi che la moglie avesse successivamente acquistati durante il matrimonio, o dopo lo scioglimento di questo, perchè non gli competerà simile diritto sui beni dotali che già appartenevano alla moglie e che divennero liberi, sottoposti al diritto comune, collo scioglimento del regime dotale?

Adunque, la teoria del Codice italiano su questo punto si può riassumere in brevi parole. Un creditore, durante il matrimonio, ha pattuita a suo favore una garanzia sui beni dotali. Sciolto il matrimonio la preferenza vien meno, come sarebbe venuta meno durante il matrimonio. Ma il creditore potrà agire sui beni che costituivano la dote allo stesso modo dei creditori della moglie anteriori al matrimonio, posteriori allo scioglimento del medesimo.

Possiamo chiudere il nostro breve lavoro, diretto precipuamente a notare le differenze tra il Codice civile italiano ed il Codice Napoleone, intorno al sistema dotale. E ci sembra di potere ora ripetere con maggior sicurezza ciò che dicemmo in altro luogo del presente lavoro: che i principii direttivi del sistema dotale sono gli stessi nell'uno e nell'altro Codice. Il nostro legislatore, per la più parte delle disposizioni che si riferiscono, ha fatto tesoro dell'opera dei nomoteti francesi.

Il contratto di matrimonio fu, con acconcia espressione, chiamato da uno scrittore d'oltralpe: la carta costituzionale del focolare domestico. Quello che dicesi *autonomia* delle parti non può in questo contratto esercitarsi nella stessa misura in cui si esercita negli altri contratti della vita civile. Il matrimonio unisce le persone degli sposi e forma il *consortium omnis vitae;* il contratto di matrimonio dà norma ai loro interessi, che sono gl'interessi di una famiglia che si costituisce. La società civile, che rampolla appunto dall'aggregato delle diverse famiglie, deve intervenire in questo contratto con provvida cura; l'intervento della legge è diretto alla guarentigia degli interessi famigliari.

Il legislatore italiano, colle disposizioni intorno al sistema dotale, ch'è il sistema prevalente nella penisola, ha cercato con diligente studio di assolvere questo compito; ma nello stesso tempo, con savio consiglio, non ha esagerato le sue funzioni. La libertà dei contraenti è stata pure rispettata; l'*interest reipublicae mulieres dotes salvas habere,* questo principio è stato applicato con giustizia; con quella giustizia cui, per ragioni politiche, non vollero prestare ossequio gl'imperatori romani. Le regole statuite nel Codice italiano intorno al sistema dotale rispondono pienamente a quei criterii cui si è attenuto il legislatore nelle altre parti dell'opera sua, coronata dal suffragio dei migliori giuristi nostrani e stranieri.

Prof. Giovanni Lomonaco.